

Maria Lúcia Avelar Ferreira Paulino

As Relações de Emprego na Era da Internet:

Violação à Intimidade do Empregado

X

Poder Diretivo do Empregador

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Sergio Pinto Martins

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2008

Maria Lúcia Avelar Ferreira Paulino

As Relações de Emprego na Era da Internet:

Violação à Intimidade do Empregado

X

Poder Diretivo do Empregador

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Sergio Pinto Martins

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2008

Maria Lúcia Avelar Ferreira Paulino

**As Relações de Emprego na Era da Internet:
Violação à Intimidade do Empregado X Poder Diretivo do Empregador**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Aprovada em ___ de _____ de 2008.

**Prof. Dr. Sergio Pinto Martins
Universidade de São Paulo**

**Examinador 1:
Universidade de São Paulo**

Examinador 2:

Aos meus amores, Mauricio e Arthur pelo notável estímulo material e espiritual que me trouxeram na composição desse trabalho.

Aos meus pais Vinicius e Leide meus eternos mestres.

Aos meus irmãos Vinicius e Ana pela constante dedicação.

AGRADECIMENTOS

Rendo meus sinceros e profundos agradecimentos ao Prof. Dr. Sergio Pinto Martins por compartilhar-me de sua vasta sabedoria jurídica, conferindo paciência ímpar a todos os meus questionamentos e dúvidas, norteando os difíceis e tortuosos meandros rumo à conclusão da presente Dissertação.

As oportunas e relevantes observações exteriorizadas pelos Professores Ary Possidonio Beltran e Jorge Luis Souto Maior embasaram a consolidação final deste trabalho também merecem a expressão da minha gratidão.

RESUMO

Este trabalho aborda os impactos da revolução tecnológica, sobretudo os causados pela rede mundial de computadores (mais precisamente a *internet*) que trouxeram alterações em antigos padrões, em especial no âmbito das relações de emprego. Nesse cenário, analisa-se não só a evolução histórica do direito do trabalho e da internet, mas também as fontes, as garantias geradoras da controvérsia (o poder diretivo e de propriedade X o direito à privacidade, intimidade e a inviolabilidade de correspondência), as ferramentas utilizadas, as formas e limites do monitoramento e por fim sua repercussão no âmbito juslaboral no Brasil e no mundo, com o escopo de apresentar medidas preventivas, pacificadoras e que harmonizem as garantias sociais outrora conquistadas. Trata-se, sem dúvida, de assunto polêmico, controvertido, ainda tratado de forma superficial pela doutrina, pouco enfrentado, da mesma forma, pelos Tribunais, ressaltando a relevância e o próprio caráter de novidade exigidos em pesquisas de pós-graduação como a presente.

Palavras-Chave: Direito do trabalho; poder diretivo; privacidade; intimidade; tecnologia; internet; e-mail.

ABSTRACT

This work approaches the impacts of the technological revolution, mainly the impacts caused by the worldwide computers network (here, the internet) that brought alterations in old patterns, especially in the employee-employer relationship. In this scenario, this work analyzes the historic evolution of the labor law and the internet, the sources and some principles which creates controversy (such as the employer's directive power and property right versus the rights to privacy, intimacy, and the non-violation of mail), the tools, the forms and limits of the control and, finally, its repercussion in the labor law in Brazil and in the world with the scope to present certain preventive and conciliatory procedures, that harmonize those social principles achieved a long time ago. This subject is certainly controversial and is still treated in a superficial way by the law thinkers, as well as, by the Courts. Thus, this work highlights the relevance and the innovative character required in a graduation research.

Keywords: Labor law; directive power; privacy; intimacy; technology; internet; e-mail

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DIREITO DO TRABALHO	12
2.1	Comentários Iniciais	12
2.2	Princípios Basilares do Direito do Trabalho.....	17
2.3	Panorama Sobre as Novas Modalidades de Trabalho.....	22
2.4	Fontes Informadoras do Direito do Trabalho	27
3	RELAÇÕES DE EMPREGO	30
3.1	Evolução Histórica.....	30
3.2	Empregado e Empregador	41
3.3	Dos Poderes do Empregador.....	44
3.3.1	Do Poder Diretivo	45
3.4	Das Garantias Constitucionais.....	48
3.4.1	Garantias Constitucionais do Empregador – Direito de Propriedade e Sua Função Social	50
3.4.2	Garantias constitucionais do empregado.....	51
4	A NOVA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA	67
4.1	Aspectos Introdutórios	67
4.2	Origem da Rede Mundial de Computadores e do Correio Eletrônico.....	70
4.3	Ferramentas do Sistema Eletrônico	75
4.4	Sobre a Repercussão das Novas Tecnologias no Mundo do Trabalho	79
5	MONITORAMENTO DAS MENSAGENS ELETRÔNICAS.....	84
5.1	Formas e Limites da Fiscalização de Mensagens Eletrônicas	85
5.2	O Panorama do Tema no Brasil.....	88
5.3	Mapeamento da Questão em Matéria de Direito Comparado.....	96
5.4	A Jurisprudência Sobre a Questão	105
6	CONCLUSÃO	113
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

Atualmente verifica-se uma crise paradigmática do modelo liberal capitalista no que se refere à realidade empresarial. A incapacidade do Estado assistencialista em solucionar os conflitos sociais modernos deu vazão a um absentéismo estatal, em que a proteção aos direitos e às garantias trabalhistas encontra reações políticas adversas de empresas transnacionais e grupos econômicos nacionais, de forma que a realidade prática do mundo do trabalho e mesmo certa esteira das decisões pretorianas, em virtude da já aventada “flexibilização” dos direitos trabalhistas, contradizem as leis do trabalho e a própria Constituição Federal em alguma medida.

Os dois primeiros capítulos, por tratarem de temas basilares a respeito da Ciência Trabalhista, se destinam a externar os alicerces básicos para se criar uma atmosfera jurídica necessária ao deslinde da questão ora proposta neste trabalho.

No terceiro capítulo, apresenta-se a evolução histórica da Ciência Trabalhista, dissecando as diversas relações patronais existentes ao longo dos séculos, suas peculiaridades, os panoramas sócio-político que as cercavam, definindo e entendendo cada uma delas, em seu respectivo contexto além, das experiências práticas e normativas vivenciadas em outros países, recorrendo-se assim, ao Direito Comparado, fundamental para o desenvolvimento da tese proposta.

Em especial, é preciso atentar que determinados conflitos jurídicos, mui recentemente observados na realidade trabalhista, são produto desta mencionada crise paradigmática, acentuada pela revolução tecnológica que vem atingir um ápice no final do séc. XX. A globalização como fenômeno sócio-cultural que permeia quase todas as nações do mundo apresentou grande salto a partir das disputas tecnológicas geradas pela bipolaridade mundial durante o período da Guerra Fria, durante o qual modelos armamentistas e investigativos (sobre os quais se discorrerá oportunamente) resultaram nos atuais sofisticados sistemas de comunicação. Tais avanços tecnológicos, a despeito dos evidentes benefícios que proporcionaram, acarretaram alguns retrocessos, como as diversas formas de invasão da esfera de privacidade das pessoas, mais especificamente envolvendo a esfera trabalhista. A combinação verificada entre a tecnologia avançada e os poucos nítidos limites ao poder diretivo do empregador suscitou o debate acerca da proteção à

esfera de intimidade do empregado e quais os limites a serem estabelecidos para que não se comprometa, de um lado, a segurança da empresa e o próprio poder diretivo do empregador, e de outro, os direitos fundamentais do homem, refletidos na esfera de direito do trabalho. Tais aspectos são analisados no capítulo quarto.

O estudo será direcionado entre outras vertentes e, no presente trabalho, sobretudo no capítulo quinto, no sentido de entender a crise paradigmática envolvendo o modelo liberal capitalista relativa as empresas, assim como sua respectivas tutelar jurídicas (possibilidades de direção e controle das atividades dos empregados) abrangida na própria Consolidação das Leis Trabalhista (art.2º, da CLT)e, em sentido contrario, as liberdades e direitos fundamentais assegurados não só, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948, art.12), até sua consagração, no plano interno, pela Constituição de 1988, a qual implementou em nosso país, o Estado Social e Democrático de Direito, gerando, portanto, conflitos relativamente novos, produtos de uma sociedade mais complexa.

O capítulo sexto trata das formas do monitoramento das mensagens eletrônicas e dos limites da fiscalização, bem como, apresentar um panorama no Brasil e no Direito comparado.

Será discutida, enfim, toda a complexidade e amplitude do verdadeiro teor das relações empregatícias atuais, as dimensões de cada pólo integrante, seus conflitos tencionais, a legitimação do poder diretivo de um, a constatação de direitos envolvendo a intimidade de outros, enfim, re-discutindo, re-analisando, conceitos, ideologias, concepções e posturas doutrinarias na busca de entender e, quiçá, aperfeiçoar ou propor alternativas ao modelo jurídico proposto na atualidade no que tange ao tema.

Em nosso país, há ausência de uma política clara do monitoramento e utilização de e-mails e acessos à internet reflete, infelizmente, em nosso ordenamento: inexistentes leis ou quaisquer outros atos normativos que atenuem, concilie, resolva o conflito sugerido anteriormente.

Os Tribunais, por sua vez, ainda não foram provocados de forma mais abrangente e arrojada para analisarem o tema profundamente, restando, apenas, pouco julgados, os quais, ainda não representam, por óbvio, um entendimento sereno, solidificado, da matéria em questão.

Os direitos constitucionais de propriedade, de inviolabilidade de correspondência, à intimidade e à privacidade, a natureza jurídica do correio eletrônico, sua utilização social, a discussão sobre a quem pertence à responsabilidade dos riscos advindos do uso indevido do *e-mail*, a inexistência de normas reguladoras e a tentativa de harmonização das garantias constitucionais, buscando não só preservar a dignidade nas relações de emprego, como também de garantir direitos inerentes ao empregador ensejaram ao presente estudo.

É a composição desses controversos temas, diante da realidade doutrinária e jurisprudencial que se apresenta como evidente e será enfrentada nesta dissertação.

Trata-se, sem dúvida, de assunto polêmico, controvertido, tratado de forma superficial pela doutrina, salientando que existem poucos trabalhos escritos, a maioria absoluta referente a artigos publicados ou inseridos em páginas da própria rede mundial de computadores (internet), ressaltando a importância, a relevância e o próprio caráter de novidade, exigidos em pesquisas de pós-graduação como a presente.

É inegável que existe uma lacuna no modelo jurídico proposto na atualidade no que tange ao presente tema, de modo que é bem vindo qualquer esforço para suplantá-la, como este verificado na dissertação ora apresentada.

2 DIREITO DO TRABALHO

2.1 COMENTÁRIOS INICIAIS

Existe um delicado equilíbrio no mundo contemporâneo, em que a relação de emprego, hoje em dia bastante diferente de períodos anteriores da história, posterior à Revolução Francesa, transita entre as “regras de mercado” livres de qualquer embaraço, produto de um liberalismo econômico ferrenhamente lastreado na liberdade contratual, expoente máximo de um *laissez-faire* que não admite uma ingerência significativa do Estado. Tendo por testemunhas estes dois últimos séculos, a história foi escrita de modo que este modelo inicial de capitalismo servisse bem ao destronamento de uma então arcaica sociedade estamental, imóvel em suas estruturas sociais, paralisada diante do ascendente poder econômico da classe burguesa, cujos objetivos consistiam em respaldar seu poderio econômico em instituições político-sociais que a legitimassem como classe social de voz ativa nas decisões políticas, despindo-se do estigma de Terceiro Estado, subclasse sem legitimidade para participar de forma mais decisiva no controle dos ditames políticos.

Esta doutrina do liberalismo econômico permitiu, portanto, romper em caráter definitivo com velhas estruturas sociais e proclamar a igualdade *formal* de qualquer cidadão perante a Lei e o Estado, ainda que o escopo deste modelo visasse, sobretudo, à liberdade contratual necessária à movimentação econômica, superaquecida com a efervescência industrial européia do séc. XIX. As relações privadas exigiam maior celeridade e, por conseguinte, um desprendimento de valores então ultrapassados, como aqueles em que repousava a sociedade de classes do Antigo Regime. Não se admitiam mais artesãos que transmitiam seus conhecimentos técnicos a aprendizes que perpetuassem o ofício. A indústria, responsável pela absorção de boa parte da mão-de-obra desempregada em países como a Inglaterra de um século e meio atrás, contratava trabalhadores em larga escala, tornando-os elementos motrizes da maquinaria industrial, todos especializados em uma ou em poucas funções. Tratou-se de um período de soberba

modificação no modo de execução dos trabalhos, à medida que se modificavam as estruturas econômicas pela imposição daquele modelo liberal e das relações jurídicas que cimentaram novas relações de trabalho.

É necessário aduzir também que essas relações de trabalho, bastante distintas daquelas verificadas em guildas ou em corporações de ofício, em vínculos de suseranato e vassalagem, nos antigos regimes de servidão, provieram do arcabouço ideológico consagrado na Revolução Francesa, cujo ideário, expresso pelos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade, prestou-se a enterrar o fundamento do Antigo Regime e forneceu às Constituições políticas modernas a justificação filosófico-jurídica para a legitimação do modelo econômico e, portanto, das novas relações de trabalho.

Resta claro, assim, o papel fundamental da instituição deste modelo econômico, intimamente ligado à maior revolução política dos últimos séculos, cujo seio repousa o fundamento da sociedade atual e de suas leis e relações trabalhistas. Embora com nova roupagem e algumas regras diferenciadas, o capitalismo, após várias fases diferentes pelas quais passou, permanece não modificado em alguns de seus aspectos mais relevantes, conforme se poderá verificar oportunamente.

A igualdade formal defendida no ideário revolucionário cumpriu a tarefa de construir novas relações jurídicas, destronando definitivamente as velhas relações sociais e de trabalho presentes até o final do séc. XVIII. Entretanto, ela se revelou insuficiente aos demandismos sociais do séc. XIX, visto que as disparidades sociais construíram um novo tipo de conflito, entre empregadores e empregados.

A concentração de capital é uma condição econômica que foi preenchida neste período de forma bastante resiliente, de modo que as décadas que se sucederam à Revolução Francesa no séc. XIX refletiram na formação de uma sociedade de classes, constituída por um grupo seletivo e privilegiado de empregadores, detentores dos meios de produção, e por uma extensa classe de trabalhadores, muitos absorvidos como mão-de-obra nas indústrias, cujo trabalho era parcamente remunerado com salários que permitiam uma subsistência não menos amarga que a condição famélica.

Trata-se de uma bipolaridade verificada entre os dois grupos sociais, protagonistas de um conflito que gerou intensas modificações sociais nas décadas vindouras, em meio à crescente complexidade social, marcada pelo desenvolvimento de diversas profissões

liberais e de atividades que constituiriam o que se convencionaria chamar posteriormente de “terceiro setor”.

No final da primeira metade do séc. XIX, os conflitos sociais cada vez mais arraigados e a espantosa difusão da doutrina marxista e, posteriormente, da teoria crítica em geral, fomentaram a instituição de regras jurídicas que influenciaram as relações de trabalho. Por outro lado, parecia evidente desde aquela época que a organização da sociedade não poderia ser relegada à própria mercê, já que as “leis de mercado” se mostravam inaptas diante dos aguerridos embates sociais e o regime capitalista, antes baluarte de uma liberdade impensável no Antigo Regime, se concretizou numa chibata com que os empregadores insistiam em fustigar os empregados, como se as relações de escravidão, corriqueiras na Antigüidade tivessem simplesmente vestido nova roupagem, valendo-se de modernos instrumentos legais de legitimação.

A noção marxista de “estranhamento” vivido pelo trabalhador em relação ao seu próprio trabalho, ao produto dele produzido, a si mesmo e aos demais companheiros de classe, sintetizava os regimes de opressão na indústria, apontava as falhas viscerais do capitalismo de mercado e denunciava a desorientada decadência do Estado liberal, diante da insuficiência dos automatismos de mercado, nos quais se circunscreviam as relações privadas em geral. O contratualismo liberal não era instrumento eficaz para a construção de uma sociedade *materialmente* igualitária e, por isso, tampouco justa.

O intervencionismo estatal, revestido de um matiz assistencialista, veio suprir a deficiência gerada pelo capitalismo industrial, influenciando decisivamente para estabelecer um panorama social menos díspare, o que incluiu amplas reformas no campo trabalhista. Esse novo modelo sócio-econômico, marcado por um forte interesse político em refrear oposições ideológicas esquerdistas (principalmente na Europa devastada pela hecatombe da segunda Guerra Mundial), propiciou não apenas prosperidade material apesar do endividamento gerado com o Plano Marshall, como também manteve preocupações com o declínio da desigualdade social e com o estabelecimento de leis que sustentassem esse projeto assistencialista. No plano do direito do trabalho, isso se concretizou pela regulamentação de arcabouço legal que previa, entre outros benefícios, limites às horas de trabalho, direito a férias, a hora extra, entre outras benesses.

Entretanto, mesmo o Estado-Providência, transitou pela tênue linha de uma *débâcle* definitiva, sobretudo em meado dos anos 70, com a crise econômica deflagrada pelos choques do petróleo. O paternalismo estatal fora acusado de apenas tentar sufocar as

tensões sociais e trazer algum lenitivo para o problema da desigualdade social, tendo-se revelado, no entanto, inapto para solucionar as contradições internas do capitalismo, cujo destino, segundo diversos autores da teoria crítica, tende à auto-aniquilação. A recessão econômica mundial desopilada pelo primeiro choque do petróleo, em 1973, evidenciou a inabilidade dos dirigentes políticos em administrar as crises na economia mundial, ao mesmo tempo em que se acenava uma nova forma de capitalismo, o financeiro.

No final do séc. XX esquadrihava-se num croqui, ainda pouco visto, um novo cenário, tendo como protagonistas as empresas transnacionais, com poderes de ação muito mais amplos que os Estados-Nações, já que não conhecem, como as flutuações financeiras mundiais dos juros e dos riscos, os limites de uma fronteira entre países. O novo modelo renunciado, o Neoliberalismo, representa o auge do fenômeno da globalização, alavancado pela difusão de novas tecnologias informáticas e de comunicação.

Consoante advertem Laurindo Dias Minhoto e Carlos Estevam Martins¹, “uma das conseqüências mais substantivas do processo de globalização da economia diz respeito a seu impacto sobre a esfera política, mais precisamente sobre o Estado-Nação”.

Nesse diapasão, surge de maneira indelével a importância do presente trabalho pelo seu aspecto técnico, uma vez que a mensagem eletrônica, mais popularmente conhecida pela expressão em inglês de *e-mail*, entre tantas outras tecnologias, é expressão de uma nova realidade material a ser compreendida, quanto pelo seu aspecto político-jurídico.

Tanto as propostas de lei, quanto as decisões jurisprudenciais, no Brasil e em outros países, são de maneira indiscutível um produto de orientação política, sobre a qual as empresas transnacionais e os grupos empresariais nacionais àquelas ligados exercem diuturna pressão. Em especial, figuram nesse cenário os direitos e as garantias trabalhistas, constantemente mitigados pelas reformulações propostas por esses grupos econômicos, cujas propostas de reformulação do sistema político e jurídico visam à maior competitividade nos mercados tradicionais e emergentes, em detrimento muitas vezes de outros aspectos jurídicos relevantes nessa seara.

A experiência atual revela que ocorre não raramente uma “flexibilização” dos direitos e garantias trabalhistas, devidamente assegurados na Consolidação das Leis do Trabalho (em destaque a Reforma Trabalhista em tramitação no Congresso Nacional) e,

¹ Cf. As redes e o desenvolvimento social. **Cadernos FUNDAP**, n° 22, 2001, p. 84.

por vezes, suprimidos na realidade do mundo do trabalho em benefício de interesses colidentes com o do empregado. “Os direitos individuais e coletivos são, diariamente, “flexibilizados” ou desconstitucionalizados em nome das ‘regras do mercado globalizado’ que necessitam implementar modelos competitivos de produção”².

A grande implicação da passagem do Estado “liberal” para o Estado “social” no séc. XX é a publicização da esfera privada e, principalmente, a privatização da esfera pública, dada a incapacidade do Estado em prover a todos o mínimo exigível segundo o modelo de assistencialismo adotado neste último século. Os lindes entre a esfera pública e a privada diluíram-se nessa separação entre o político e o jurídico, em que se deu, segundo Boaventura de Souza Santos³, a naturalização e a legitimação da exploração econômica capitalista, de um lado, e a ampliação da gama de direitos cívicos, políticos e sociais, d’outra banda, aumentando, ainda que apenas teoricamente, a participação social igualitária.

A sociedade civil, outrora sobrepujada pela ideologia capitalista e tutelada pelo assistencialismo de um Estado que ora se apresentava como um empreendedor falido, ora como um Leviatã devorador de inúmeros tentáculos, segundo aquele autor⁴, desenvolveu-se uma capacidade de se auto-governar, expandindo-se a subjetividade, o comunitarismo, e surgindo os “gestores atípicos da moral” (como os grupos feministas e ecologistas) e a organização autônoma do modo de vida. Assim, o Estado também se vê obrigado à reformulação do seu papel, uma vez que o poder, antes centralizado e exclusivo, apresentará quatro modalidades nas relações sociais no seio dos “modos de produção” próprios da sociedade capitalista, a saber, o Direito Doméstico, o Direito da Produção, o Direito Territorial (espaço da cidadania) e o Direito Sistêmico (espaço mundial).

A heterogeneidade e a complexidade do processo de transnacionalização de mercados e finanças apresentam, portanto, um novo panorama sócio-político, em que as relações trabalhistas, em especial aquelas que envolvem questões contemporâneas com a questão da proteção aos conteúdos de mensagens eletrônicas, situam-se em meio à controvérsia gerada por uma necessidade de proteção à propriedade privada e de tutela às exigências de competitividade da economia moderna, e por outra necessidade, a de tutela

² Ibidem, p. 85.

³ Cf. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 9ª ed. Cortez Editora, 2003.

⁴ Cf. SANTOS, B. S. Op. cit., nota 3 supra.

de princípios fundamentais, como o direito à intimidade, e a de salvaguarda das conquistas trabalhistas.

Vale lembrar que esta introdução é complementada, em tópico adequado, pelo mapeamento em paralelo da evolução do pensamento filosófico-jurídico, do qual resultam hoje em dia aqueles princípios e garantias fundamentais do Direito do Trabalho em especial, já que eles não são produtos de uma formulação crítica puramente abstrata, mas de uma verve filosófica que se mostrou mais sensível ao conflito fundamental do homem com seu trabalho, à medida que este se foi modificando ao longo da história.

Nesse sentido, a realidade brasileira está inserida em um contexto mundial, em que um novo paradigma estabelecido ao Estado contemporâneo procura conciliar com os atuais modelos econômicos algumas medidas de intervencionismo estatal, ainda que hoje em dia se tenham expostas vicissitudes do sistema do capitalismo financeiro.

Há um equilíbrio entre as tensões políticas que, de um lado, polarizam alguns setores sociais defensores de uma crescente autonomia de mercado e das relações de trabalho, e de outro, a necessidade de criação e regulamentação de mecanismos estatais de controle da atividade mercadológica. Opõem-se ao princípio de soberania estatal, sobejamente resguardado pelo texto constitucional brasileiro na Lei Magna, o neoliberalismo e a globalização, dois conceitos de inesgotável conceituação que parecem emoldurar as tendências internacionais voltadas à legitimação e à máxima efetivação do capitalismo.

2.2 PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO

O intróito do presente trabalho tergiversou, não por acaso, a Revolução Francesa, pois é postulado na doutrina trabalhista que a legislação desta matéria surgiu historicamente intervencionista, em reação à completa autonomia da vontade nas relações contratuais, conforme alerta Arnaldo SÜSSEKIND⁵, “permitindo a exploração do

⁵ SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21 ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 142.

trabalhador, numa fase histórica em que a Revolução Industrial propiciava o fortalecimento da empresa”, de modo que os empregadores, mais fortes na relação por serem detentores dos meios de produção, permitiam-se sem pudores exercer um regime de opressão.

Destarte, o princípio da proteção ao trabalhador, ainda que não expressamente açambarcado no atual texto constitucional, encontra-se no cerne da tutela constitucional, haja vista que o art. 1º da Lei Magna cita, no inciso IV, os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, quer pelo seu aspecto histórico, quer por inferência a partir das normas constitucionais, o princípio protetor informa as relações trabalhistas, tendo por objetivo a imposição de obstáculos à plena autonomia da vontade⁶, constituindo um conjunto de regras cogentes que formam a base do contrato de trabalho.

Especificamente, a Constituição Federal elegeu como princípios informadores do Direito do Trabalho, insuscetíveis de serem afastados, o princípio da não discriminação, que proíbe diferenças nos critérios de admissão e remuneração por razão de raça, cor, sexo ou estado civil (art. 7º, XXX), ou ainda por motivo de deficiência física, por exemplo (art. 7º, XXXI), o princípio da continuidade da relação de emprego⁷ (cuja concretização, como adverte Sergio Pinto Martins⁸, é o Enunciado 212 do TST, de acordo com o qual “o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado) e, finalmente, o princípio da irredutibilidade de salário (art. 7º, VI).

Além destes princípios, advêm do princípio de proteção ao trabalhador outros princípios, que sedimentam em alguma medida a tutela constitucional dos interesses do trabalhador. Trata-se: a) do princípio *in dubio pro operario*, segundo o qual a interpretação mais favorável ao empregado só não prevalece em casos de manifesta afronta aos textos legais ou de matéria probatória exigida; b) do princípio da norma mais favorável, que hierarquiza as normas jurídicas de direito do trabalho em favor do empregado; c) do princípio da condição mais benéfica, “ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica

⁶ Ibidem, p. 146.

⁷ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 146. “Embora não seja [este princípio em especial] inflexível, uma vez que a Constituição de 1988 não consagrou a estabilidade absoluta do trabalhador no emprego, emana, inquestionavelmente, das normas sobre a indenização devida nas despedidas arbitrárias, independentemente do levantamento do FGTS (art. 7º, I) e do aviso prévio para denúncia do contrato de trabalho proporcional à antigüidade do empregado (art. 7º, XXI)”.

⁸ **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99.

imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis”⁹; d) o princípio da primazia da realidade; e) os princípios da integralidade e da intangibilidade do salário.

Privilegiam-se, portanto, os fatos¹⁰, ou seja, o espírito do legislador ao eleger tais princípios de direito do trabalho não parece ter sido o de relegá-los a um mero plano hipotético, sem qualquer efetividade, mas o de permitir que prevaleça a realidade sobre documentos, rótulos e formalismos que a venham mascarar. A despeito do que possam informar os contratos de trabalho, o grande mérito do Direito do Trabalho consiste na agudeza de sua visão sobre a realidade fática. É comum que os empregados assinem papéis sem conhecer com exatidão o teor deles, entre tantas outras hipóteses em que as condições de fato contrariam aquilo que está registrado nos livros do empregador.

Destaca ainda Sergio Pinto Martins¹¹, “daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes”, sendo nulos de pleno direito quaisquer atos que desnaturem a aplicação dos preceitos trabalhistas (CLT, art. 9º).

O Direito do Trabalho é uma ramificação da dogmática jurídica em que o conflito de classes se apresenta como elemento-chave; trata-se de um braço do direito que se sabe mediador entre grupos sociais, cujas forças, muito longe de serem equânimes, representam a própria disparidade de poder entre classes mais e menos privilegiadas. É evidente que o Direito do Trabalho carrega em seu bojo um intuito potencialmente retificador dessa desigualdade, por tanto tempo comodamente aceita nas sociedades precedentes, porém, inadmissível no mundo atual, que prima pela igualdade como valor social. Eis as razões pelas quais os princípios de Direito do Trabalho, em especial o da primazia da realidade, não se contentam com a realidade formal, favorecendo a mais nítida visão possível dos fatos.

Na evolução dos conceitos referentes ao Direito do Trabalho, é pertinente fazer justa menção a Amauri Mascaro Nascimento¹², cuja contribuição, entre tantas, a este tema se perfaz com a referência à tese de doutoramento de Maria do Rosário Palma Ramalho, para quem a referida ciência jurídica se informa por três princípios, o da compensação da

⁹ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 145.

¹⁰ Cf. PINTO MARTINS, S. Op. cit., nota 8 supra, p. 99.

¹¹ *Ibidem*, p. 99.

¹² **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31ª ed. São Paulo: LTr, 2005, pp. 150-1. Na obra, o texto da aludida estudiosa do Direito do Trabalho é a tese de doutoramento intitulada **Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho**, perante a Universidade de Lisboa.

posição debitória complexa das partes no vínculo laboral, o princípio do coletivo e o princípio da autotutela laboral.

O primeiro princípio é o mais complexo, à proporção que o são também as organizações social e trabalhista atuais. Em decorrência da complexidade estrutural da relação de emprego¹³, aquele princípio se concretiza em outros dois menores, que têm o mesmo escopo, o de salvaguarda. Um desses princípios oferece tutela aos direitos e às necessidades do empregado, e o outro, inovador na opinião de Amauri Mascaro Nascimento, aos “interesses de gestão do empregador, que lhe assegura as condições necessárias ao cumprimento das suas obrigações contratuais”¹⁴.

Os outros dois princípios magnos referem-se a um aspecto proeminente do Direito do Trabalho, o coletivo: um desses princípios denomina-se justamente princípio do coletivo, sensível ao fato de que o empregado e o empregador não são apenas entidades individuais autônomas, mas comumente membros de grupos profissionais ou sindicais. Por isso, advêm regras jurídicas sobre gestão dos trabalhadores nas empresas, a isonomia entre os empregados, a interdependência dos vínculos de laborais na organização empresarial¹⁵, entre outras. Sublinhando-se ainda essa componente coletiva que permeia o direito do trabalho, o terceiro princípio, da autotutela dos direitos trabalhistas permite que os próprios sujeitos do contrato de trabalho, muitas vezes com supedâneo dos próprios grupos (sindicatos ou de outro tipo) aos quais pertençam, possam assumir a defesa de seus interesses e direitos, sobretudo num plano que extrapola a esfera puramente individual.

As disposições legais sobre poder disciplinar, tema de fundamental relevância para o desenvolvimento deste trabalho, assim como a greve e locaute, nos casos admitidos pelo Direito¹⁶, são decorrência direta do princípio mencionado.

Por fim merece destaque ainda, sobretudo em razão do tema proposto o princípio da razoabilidade, também denominado de princípio da proibição de excesso, da racionalidade ou da proporcionalidade, sendo que no presente estudo optamos pela expressão princípio da razoabilidade¹⁷.

¹³ Ibidem, p. 151.

¹⁴ Ibidem, p. 151. Deste princípio decorreriam, por conseguinte, as regras sobre segurança do trabalho, conciliação da vida privada do empregado com a vida profissional dele, o *favor laboratoris*, entre outras normas legais e convencionais.

¹⁵ Ibidem, p. 151.

¹⁶ Cf. NASCIMENTO, A. M. Op. cit., nota 12 supra, p. 151.

¹⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996. p. 24 e 69.

Razoabilidade é a qualidade do razoável, que por sua vez é definido como o regulado, o justo, o conforme a razão. O próprio dicionário equipara ambas as expressões ao indicar como sinônimo: racional¹⁸.

O princípio da razoabilidade não se tratar de princípio exclusivo do Direito do Trabalho, é um princípio geral de Direito freqüentemente invocado no Direito Penal, Tributário, Administrativo, Constitucional e no jus laboral.

A aplicação no Direito do Trabalho do princípio da Razoabilidade se deu através da inspiração de Plá Rodrigues, pela jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana acerca da aplicação do princípio da razoabilidade sobre normas limitadoras dos princípios fundamentais constitucionais¹⁹.

Para o mencionado autor, o princípio da razoabilidade possui duas características peculiares: a primeira a elasticidade de caráter formal, sem conteúdo concreto, responsável pela grande margem de imprecisão e por sua fecundidade; e a segunda à parcial subjetividade que busca evitar que sejam emitidos valores tendenciosos, contaminados de arbitrariedades ou de extrema pessoalidade, buscando a efetiva aplicação do senso comum.

O autor aponta ainda, duas formas de aplicação do princípio da razoabilidade no Direito do Trabalho, o primeiro para “medir a verossimilhança determinada explicação ou solução” com o escopo de distinguir ou possibilitar a aplicação de critérios para distinguir em casos onde exista dúvida ou onde haja a necessidade de separar a realidade da simulação e, o segundo a “limitação de certas faculdades”, atuando “como obstáculo, como limite, freio de certas faculdades cuja amplitude pode prestar-se à arbitrariedade”, com o escopo de evitar irregularidades diante do nítido desequilíbrio entre as partes na relação trabalhista, em especial, em decorrência da subordinação e do poder diretivo²⁰.

Como se vê, o princípio da razoabilidade é de fundamental relevância para a apreciação do tema em estudo, Violação à Intimidade do Empregado X Poder Diretivo do empregado, em especial para criar mecanismos que ajudem evitar lesões a garantias constitucionais.

¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 5ª tiragem. São Paulo: LTr, 1997, p. 251.

¹⁹ Ibidem, p. 252.

²⁰ PLÁ RODRIGUES, Américo. Op. cit. p. 252.

2.3 PANORAMA SOBRE AS NOVAS MODALIDADES DE TRABALHO

Não é surpreendente que a complexidade de questões filosóficas escoimadas no âmbito da teoria crítica seja um espelho do que sói denominar-se a crise paradigmática do modelo liberal capitalista. De certa forma, é possível argüir que os sintomas dessa crise devem-se à enormidade de questões suscitadas como os galopantes passos produzidos pelos avanços tecnológicos, sobretudo nos campos da comunicação e dos sistemas de informação, eivando as searas acadêmicas de discussões acerca de como preservar a salvaguarda de valores fundamentais, protegidos internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a chancela constitucional em diversos países, entre os quais, o Brasil.

O art. 12 do referido texto jurídico internacional é um dos mecanismos garantidores de diversos direitos fundamentais, entre os quais o direito à privacidade, pelo que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação”, prevendo também que sobre tais direitos paira uma efetividade prática direta, já que “todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

A realidade fez que com que a sociedade se defrontasse com fatos prementes, a exemplo do ARPANET norte-americano e da própria internet, parte integrante da vida de milhões de pessoas no mundo inteiro. Não ao acaso expõe LORENZETTI²¹ preocupação quanto aos lindes e a efetividade de direitos fundamentais e da própria democracia perante os desafios da era do computador, principalmente levado em consideração o despreparo teórico quanto à análise de tais questões, o que dificulta ainda mais a tarefa de propor soluções a contento.

O surgimento da era digital tem suscitado a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, à liberdade e observa-se que muitos enfoques não apresentam a sofisticação teórica que semelhantes problemas requerem; esterilizam-se obnubilados pela retórica, pela ideologia e pela ingenuidade.

O contexto é a Terceira Revolução Industrial, designação hoje assaz costumeira, em que se inscreve a problemática da oposição entre o direito à privacidade e à intimidade,

²¹ LORENZETTI, R. L. Tratado de los Contratos. In GERHARDT, R. C. **Relação de emprego, internet e futuro: uma perspectiva crítica em âmbito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: LTr., 2002, p. 20.

de um lado, e o uso indiscriminado de avançadas tecnologias informáticas, de outro, principalmente por razões de segurança empresarial ou de Estado. A mudança nas relações de emprego e, mais especificamente, na preocupação empresarial em melhor resguardar informações sigilosas, é apenas um reflexo singular, contudo não menos impactante. Obviamente existe uma repercussão na própria relação estabelecida entre empregador e empregado. A cooperação, que mais recentemente passou a imbuir o espírito das bem-sucedidas relações de trabalho, converteu-se em ingrediente *sine qua non*.

Quanto maior a evolução tecnológica, mais preciosos são os recursos humanos qualificados, uma vez que as empresas crescem e mantêm-se vivas no mercado, na medida em que cresce o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços.²²

Algumas das alterações nas relações de trabalho decorrem diretamente dos benefícios que a mais recente revolução nas tecnologias informática e de comunicação propiciam ao cotidiano empresarial, alterando o modelo tradicional da relação de emprego que beira a obsolência completa. Gerhardt²³ expõe que as novas relações de emprego fogem em parte ao que se poderia considerar o modelo tradicional da relação empregatícia sem, no entanto, deixarem de caracterizar-se como tal. Existem fatores negativos que ensejam o elemento característico da relação de emprego. Entre a relação tradicional e a relação jurídica contratual não caracterizável como relação empregatícia forma-se uma espécie de zona cinzenta ou grisê²⁴, da qual as novas relações de emprego forjadas à luz da revolução tecnológica do final do séc. XX fazem parte.

Com frequência multiplicam-se as relações de emprego que o chamado fator mesológico (referente ao local de trabalho, externo ao estabelecimento empresarial), o fator empresário (referente à hierarquia) e o fato profissional (ligado à capacitação técnica), muito mais do simplesmente remeterem-se ao art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduziram-se mudanças sensíveis permanentes nas relações de emprego. A tal realidade acrescentem-se o teletrabalho (art. 6º e 83 da Consolidação das Leis do Trabalho) e o *telecommuttin*²⁵, desde já assiduamente presente na realidade empresarial dos Estados Unidos, que prevê formas de execução do trabalho a domicílio, em tele-centros ou de maneira nômade, de um posto a outro.

²² Cf. LORENZETTI, R. L. Op. cit., nota 21 supra, p. 21.

²³ GERHARDT, R. C. **Relação de emprego, internet e futuro – uma perspectiva crítica em âmbito brasileiro**. 1ª. ed. São Paulo: LTr, 2002, conforme nota anterior, relativa à referência que a autora faz ao texto contratualístico de Lorenzetti. Para informações diretas sobre o tema desta nota, vejam-se pp. 76 e 82.

²⁴ Cf. GERHARDT, R. C. Op. cit., nota 23 supra, p. 78.

²⁵ Ibidem, p. 78

Percebe-se com mediana clareza, portanto, que a introdução de novas tecnologias, diversamente do que talvez tenha sugerido a autora²⁶, não suscita simplesmente novas formas de subordinação, mas torna indispensável o espírito de cooperação. O fracasso dos projetos emancipatórios propostos em diferentes modelos de análise da sociedade e das relações de emprego atesta, sobretudo, que não se pode vislumbrar a relação de trabalho, estabelecida entre empregador e empregado, como uma mera oposição de forças, num plano individual, e uma metonímia das lutas de classes. Muito mais do que oposição, o fator competitividade, tão inerente à vigente fase do sistema capitalista, exige um elemento de cooperação entre quem emprega e quem executa o trabalho. Do contrário, o próprio choque de interesses, ocorrido dentro da própria empresa, enfraqueceria sua capacidade de competir no mercado com os concorrentes e, em última instância, de sobreviver.

Nesse sentido, diante da inescapável revolução tecnológica que afeta a realidade empresarial, revelam-se determinados fatores de cabal importância para que a relação de trabalho extraia o melhor que se pode obter das novas tecnologias informáticas e permita que a empresa cumpra suas metas de prosperidade. A flexibilidade quanto ao local de trabalho, bem como quanto aos horários, são apenas alguns desses fatores, provavelmente os mais comuns, favorecidos pelo corrente e largamente difundido uso de mensagens eletrônicas, pelo emprego de tecnologias de telecomunicação e rastreamento pelas redes de satélites, entre outras formas.

O empregado nessa hodierna realidade empresarial vê-se sujeito a uma historicamente pouco habitual ausência de rotina, devido às constantes mudanças de lugar, horário de trabalho, cada vez mais céleres em razão da igualmente rápida transmissão de informações à distância. Exige-se a substituição dos matizes tradicionais da relação de emprego, por uma nova predisposição do empregado, que só pode ser traduzida pelo espírito de cooperação.

Em suma, as novas tecnologias tornaram a subordinação pura e simples, comumente apontada como o traço principal da relação de emprego, tão arcaica quanto a máquina de escrever e o mimeógrafo. Não se trata, é preciso esclarecer, de uma derrogação tácita do elemento hierárquico, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. O empregador continua exercendo o poder diretivo que lhe é cabível. O que se aponta aqui é uma modificação factual, motivada pela aguda competitividade da realidade empresarial e pelo avanço das tecnologias de informação.

²⁶ Ibidem, p. 88.

Desta forma, em função das exigências lucrativas e na perspectiva de atender à demanda do capital, a organização do trabalho humano sofre profundas alterações. [...] acorda-se um tipo de condição e de organização de trabalho para o trabalhador, produzindo modificações substanciais na vida, no mundo, na sociedade e no homem²⁷

No Brasil, em decorrência da crescente competitividade global entre empresas e entre mão-de-obra, o impacto das modificações na realidade do capitalismo financeiro atual, estendido globalmente, muito além das fronteiras nacionais, fez-se sentir sobremaneira no Brasil. A história pátria no último século descreve uma sucessão de embates entre regimes repressivos²⁸ e classes sindicais reprimidas e desopiladas pelo “peleguismo”, ao passo que a realidade do trabalho sempre foi marcada pela informalidade e pela precariedade nas condições de emprego.

Houve, nas últimas décadas, “um rompimento do tecido industrial, econômico e da estrutura produtiva nacional, marcado pelo desmonte de segmentos importantes da estrutura produtiva, quanto pelo processo brutal de internacionalização da economia brasileira²⁹”, em virtude daquilo que se convencionou chamar mundialização do capital³⁰. Os grandes grupos empresariais nacionais não operam sozinhos no mercado, mas realizam parcerias com empresas transnacionais, cujos acordos, sempre imbuídos de dinamismo, buscam independência em relação aos Estados para se tornarem participantes no jogo dos mercados internacionais.

Em oposição ao robustecimento do capital como forma de integração de mercados internacionais e de expansão de bens econômicos e culturais, nota-se um enfraquecimento, tanto das polarizações ideológicas³¹, quanto dos empregos e dos salários no mercado de trabalho³².

²⁷ Ibidem, p. 88.

²⁸ Ibidem, p. 22, sobre a repressão do governo ditatorial.

²⁹ Ibidem, p. 23. A referida autora pertinente citação da obra de Claudio Dedecca (**As Mudanças no Sistema de Relações de Trabalho**, Rio de Janeiro, Diplô Brasil, 1998), que parece esquadrihar muito bem em que medida as recentes modificações no capitalismo financeiro mundial afetaram as relações de trabalho no Brasil.

³⁰ JARDIM, Carla Carrara Silva. **O Teletrabalho e suas Atuais Modalidades**. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 20. A autora cita Dolan a partir da obra de Ricardo W. Caldas, *O Brasil e o Mito da Globalização*. Globalização é para Dolan “um processo de gradual eliminação de barreiras econômicas e concomitante aumento nas trocas internacionais e na interação transnacional”. Também se faz no presente livro de Silva Jardim referência a François Chesnais, para quem a expressão destacada “mundialização do capital”, que dá título à sua obra, é a mais precisa ao termo em inglês *globalization*, ou seja, a “capacidade estratégica de todo grande grupo oligopolista, voltado para a produção manufatureira ou para as principais atividades de serviços, de adotar, por conta própria, um enfoque e condutas globais”.

³¹ Cf. JARDIM, Carla Carrara Silva. Op. cit., nota 30 supra, p. 23.

³² WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego**. São Paulo, LTr, 2005, p. 23.

A crescente autonomia dos mercados e da circulação do capital exerce enfraquece, à mesma proporção, a própria atuação do Estado nesse contexto contemporâneo. Retiraram-lhe os papéis de grande provedor e, da mesma maneira, de grande empregador³³, mesmo porque o poder estatal não é mais forte o suficiente para sustentar a política de bem-estar social como um todo, incapaz de proporcionar hoje em dia “trabalho, subsistência e segurança à maioria da população” e arcar com os “custos marginais da corrida do capital pelo lucro”³⁴. As atribuições do Estado, definidas claramente após a hecatombe da Segunda Guerra Mundial no advento da política de bem-estar social, diluem-se diante da inoperância da super-estrutura estatal e da falência dos fundos públicos na gestão daquela política, em favor da privatização dos serviços de saúde, educacionais, industriais, previdenciários, entre outros.

Portanto, o que se observa é uma flexibilização das relações de trabalho³⁵, já que uma das maiores preocupações verificadas nos processos legislativos é o de permitir que as normas trabalhistas se adaptem à nova realidade empresarial, dinâmica, altamente competitiva, estendida para além das fronteiras nacionais. A preocupação em foco é garantir a modificação das normas celetistas, visando à livre negociação trabalhista, distinguindo-se duas vertentes³⁶, das quais uma defende a manutenção das regras vigentes, e outra, a adoção de instrumentos flexibilizadores que permitam melhor conciliação entre capital e trabalho, entre os quais são apontadas a criação das cooperativas de trabalho, a terceirização e a redução de jornada³⁷.

Não se espera mais do empregado o mero cumprimento de ordens, mas a iniciativa de não se adstringir a cumpri-las e ter relativa autonomia, posto ser usuário direto dessas novas tecnologias e não estar, em casos de relações de tele-trabalho e similares, constantemente sob supervisão do seu empregador. Ademais, levando-se em conta o desemprego estrutural, a competitividade não é, em certo sentido, um fardo a ser tolerado apenas pelas empresas, mas cada trabalhador como célula operante no mercado de

³³ Cf. JARDIM, Carla Carrara Silva. Op. cit., nota 30 supra, p. 25.

³⁴ Ibidem, p. 24. Trata-se de referência (nota 24) à obra de Zygmunt Bauman, *O Mal-Estar na Pós-Modernidade*. O tema é a incapacidade atual do Estado em cumprir as tarefas que lhe haviam sido atribuídas no Pós-Guerra.

³⁵ O tema se apresenta nas já mencionadas obras de Winter e de Silva Jardim

³⁶ Ibidem, p. 25. Trata-se de posição manifestada pelo Ministro do TST Leonardo Silva, autor do artigo **Globalização**. Capital e Trabalho, para quem opõem-se duas vertentes, uma defensora da manutenção das normas trabalhistas, e outra, pró-reforma, tendo em mira a adoção de instrumentos flexibilizadores.

³⁷ Ibidem, p. 25.

trabalho, precisa nutrir-se de constante aprimoramento profissional, a fim de perseverar numa realidade empresarial que não tolera morosidade.

2.4 FONTES INFORMADORAS DO DIREITO DO TRABALHO

Segundo Du Pasquier, a fonte da regra jurídica é “o ponto pelo qual ela sai das profundezas da vida social para aparecer à superfície do Direito”³⁸. Sem dúvida, a assertiva acima permite em análise mais aprofundada distinguir diferentes espécies de fontes da norma jurídica, cujo destrinçar certamente vai além dos objetivos do presente trabalho. Entretanto, é possível alocá-las em dois grandes grupos, estabelecendo-se por critério a exteriorização do Direito.

Se, de um lado, uma norma surge por um complexo de fatores, envolvendo fatos e valores, como bem observa Sergio Pinto Martins³⁹, de outro lado, elas precisam revestir-se de positividade, exteriorizar-se por meio de determinados canais, tais como as leis e os costumes. Tratam-se, respectivamente, das fontes materiais e das fontes formais, ainda que determinadas correntes doutrinárias defendam ser o Estado a única fonte de Direito por exercer o poder sancionatório.

Dentre aquelas primeiras incluem-se fatores políticos (movimentos sociais organizados pelos trabalhadores, de natureza reivindicatória, como é o caso dos movimentos sindicais), sociológicos (agregação de trabalhadores assalariados nas empresas, a criação de cidades industriais, assim como aspectos histórico-econômicos, como a Revolução Industrial) e filosóficos (correntes de pensamento que influenciaram reorientações sobre o que é Direito, influenciando na criação da norma jurídica). Sobretudo estes últimos fatores materiais exercem influência direta sobre as fontes formais, ou seja, aquelas que conferem à regra jurídica o caráter de direito positivo.

³⁸ Apud. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 71.

³⁹ Ibidem, p. 71. Citando Eduardo García Máynez, Sergio PINTO MARTINS, valendo-se de brilhante metáfora, esclarece que as fontes formais são como o leito do rio, ou canal, por onde correm e manifestam-se as fontes materiais.

No Brasil, a competência para legislar sobre o Direito do trabalho em nosso país é dada à União (art. 22, I, da Constituição de 1988), de modo que os Estados-Membros e as Municipalidades não têm competência legislativa trabalhista. No entanto, o parágrafo único do artigo 22 autoriza os Estados a Legislar sobre questões específicas do Direito do Trabalho. Além da própria malha constitucional conferir a devida positivação às leis trabalhistas, há leis ordinárias, medidas provisórias, decretos, portarias, avisos, instruções circulares, sentenças normativas (e, para alguns autores, os costumes), como fontes genéricas, ao passo que os acordos, as convenções, os regulamentos empresariais, os contratos de trabalho, os acordos coletivos teriam uma abrangência mais específica, num espectro particular (ou privado), mas igualmente imbuídos de positivação.

Todos os textos constitucionais pátrios têm declarado o Direito do Trabalho como uma tradição do seu sistema jurídico, sendo a Carta de 1934 o primeiro texto constitucional, forjado no seio do governo populista de Getúlio Vargas, a manifestar tal preocupação num capítulo sobre a ordem econômica e social.

A Lei Magna mais recente, de 1988, contém maior número de direitos trabalhistas, valorizando o trabalho (art. 6º, 170, 194, 217, 111), organizando-o por meio da atribuição de competência a órgãos estatais e da definição das relações coletivas de trabalho quanto à organização sindical, à autonomia privada coletiva e à autotutela do trabalhador e, principalmente, trazendo garantias individuais, *verbi gratia*, a proibição de discriminação, participação nos lucros das empresas, proteção do trabalho do menor.

Além das esferas constitucional e infraconstitucional, o âmbito trabalhista é permeado por diversas leis, dentre as quais se destaca a Consolidação das Leis do Trabalho, consubstanciada pelo Decreto-lei nº 5.542 de 01º de maio de 1943, que reuniu leis esparsas num mesmo diploma legal sobre a matéria. Além deste texto legal, outros amehalharam considerável importância no que se refere à positivação da matéria trabalhista, a exemplo da Lei nº 605/49 (trata sobre DSR), Lei nº 5.859/72 (sobre o empregado doméstico), Lei nº 5.889/73 (sobre trabalho rural, coibindo os constantes abusos e irregulares numa seara tradicionalmente marcada pelo desrespeito às garantias constitucionais do trabalhador) e a Lei nº 7.783/89 (direito à greve).

De um lado, não se pode refutar a importância deste movimento, ao mesmo tempo histórico e sociológico-jurídico, de positivação da matéria trabalhista. Por outro, é de se considerar que, na justiça trabalho, a intervenção do Poder Executivo é capital, quer pela frequência, quer pelo conteúdo com que se apresentam. Regras técnicas sobre higiene e

segurança de trabalhista, normas de previdência social (exemplos são o Decreto⁴⁰ n° 3.361/2000, que dispõe sobre a faculdade do acesso a FGTS aos empregados domésticos e o Decreto n° 57.155/1965, que regulamentou a lei instituidora do 13° salário). A hierarquia das fontes é definida pelo art. 59 da Constituição, consagrando-a como ápice hierárquico dentre elas, além da seguinte ordem: lei, regulamento, sentença normativa, a Convenção Coletiva do Trabalho (art. 620 da CLT), acordo coletivo, contrato de trabalho e os costumes.

Não se olvidem, por fim, as normas internacionais, também fontes de direitos e obrigações, a exemplo de tratados e convenções da Organização Internacional do Trabalho. A questão é sobremaneira relevante, uma vez que a Constituição, como bem destaca Sergio Pinto Martins⁴¹, não é clara quanto a uma possível inclinação pela teoria monista ou pela teoria dualista. Embora o inciso VIII do art. 84 da Constituição preveja, entre as competências do Presidente da República, a de celebrar tratados e convenções internacionais, o art. 102, III, do mesmo texto legal prevê como competência do STF a de declarar a inconstitucionalidade de determinados tratados, cujo conteúdo não pode atritar-se com o texto constitucional pátrio.

⁴⁰ A Constituição Federal de 1988 suprimiu os Decretos-Leis, assim os que foram expedido e confirmados pelo C. Nacional mantém sua validade, não sendo mais possível sua elaboração. Ainda há as medidas provisórias, introduzidas pela Lei Magna vigente (art. 62), atos do Presidente da República, com força de lei, a serem submetidos ao Conselho Nacional, perdendo sua eficácia no prazo de 30 dias se não convertidos em lei (Ex: M.P. n° 2.074/2000, que dispõe sobre medidas complementares as Plano Real); as leis provisórias (art. 68); as portarias; os regulamentos; as sentenças normativas; as convenções (auto composição de conflitos), acordos coletivos (regidos pelos art. 611, §1°, CLT e art. 7°, XXVI, da Constituição); regulamentos de empresa (fontes unilaterais de direito, mas uma fonte normativa ainda assim, pois suas cláusulas aderem ao contrato de trabalho); os contratos de trabalho (art. 8° da CLT); os usos e costumes (a gratificação natalina, de tanto os empregadores a pagarem, passou a ser obrigatória, dando origem ao 13° salário pela Lei n° 4.090/62), cuja importância advém do fato de muitos contratos serem verbais, eis que a lei intervém para positivá-los (CLT, art. 443).

⁴¹ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, pp. 76-77.

3 RELAÇÕES DE EMPREGO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A palavra “trabalho” deriva do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura ou uma canga que pesava sobre os animais, o que já demonstra, sob um aspecto conotativo da linguagem, que o termo já carregava em seu bojo desde a Antigüidade clássica uma enorme contradição entre as classes sociais.

A primeira forma de trabalho constituiu-se em escravidão, amplamente difundida no mundo antigo, tendo a filosofia aristotélica, herdada pelos gregos, como lastro justificador. A aplicação do conceito de justiça distributiva, pela qual devem ser tratados igualmente os iguais e, desigualmente, os desiguais, permitia a submissão plena de um homem a outro homem. A escravidão era conveniente, posto ser um dos elementos motrizes da economia antiga, e justa, não subsistindo quaisquer razões para não se defender a inferioridade natural do escravo perante seu amo.

Mesmo o direito romano, que recebeu a noção grega de justiça, não vedada a redução de um homem livre à condição de escravo, pelo que havia a *capitis diminutio maxima*. Apenas com o advento do Cristianismo, foi possível atingir o valor de igualdade entre os homens, ainda que tal assertiva filosófica sempre tenha estado ao largo de qualquer aplicação prática.

Os escravos constituíam à época a principal fonte de mão de obra, considerados propriedade, uma “coisa” ou *res*, sem ter qualquer direito, inclusive em matéria trabalhista, mesmo porque a ciência do direito do trabalho seria forjada apenas muitos séculos depois. Aos escravos incumbia o trabalho pesado, posto que tal atividade para as altas castas sociais gregas e romanas era vista como desonrosa, indigna, por vezes um castigo a ser penitentemente suportado. Somente atividades ligadas à filosofia ou às artes liberais, como a política, poderiam ser exercidas pelo socialmente privilegiados. O próprio pensamento filosófico desenvolvimento entre os romanos, sobretudo com Cícero em obras como *Dos Deveres*, mostra que a participação ativa no exercício da cidadania era muito mais do que

mero direito atribuído aos cidadãos, mas um dever. Estimulavam-se a ambição construtiva e a busca por honrarias, principalmente porque era dever dos bons cidadãos, na defesa da Cidade (noção herdada da *pólis* aristotélica), controlar os atos dos maus cidadãos, mesquinhos e sequiosos por exercer o poder em benefício próprio, sem visar ao bem comum.

A segunda forma surgiu durante o feudalismo, em que aos senhores feudais era dado prover seus servos de terras para trabalhar, de ferramentas, animais, entre outros insumos, protegendo-os de eventuais inimigos. A constituição da sociedade feudal dera-se em razão do declínio do Império Romano ocidental, com a fragmentação política e econômica de boa parte dos territórios o compunham. As constantes incursões de povos bárbaros, pacíficas ou belicosas e o avanço da civilização muçulmana produziram considerável isolamento dos feudos e a ruralização da economia, construindo-se um novo tipo de sociedade, marcada pela rigidez das classes e altamente hierarquizada, em que os vínculos de trabalho se deslindaram nas relações de suseranato e vassalagem, já que o núcleo jurídico das relações sociais gizava a propriedade e efetiva posse das terras pelos senhores.

De acordo com essas modalidades “contratuais”, definidoras dos papéis sociais no período convencionalmente denominado Alta Idade Média, os servos tinham que trabalhar cerca de três dias por semana, pelo menos, e entregar parte de suas colheitas e observar obediência incondicional. Não havia sequer liberdade para os servos, no sentido de mobilidade física⁴² ou social.

Estavam presos à terra de tal forma, que havendo a transferência das mesmas, seja por morte do proprietário ou por qualquer outra razão, esses também eram transferidos, podendo ser mobilizados para a guerra, se necessário à defesa das terras. Precisavam de autorização até para casar seus filhos (com o pagamento de determinada quantia, denominada *merchet*⁴³), para dedicar-se à vida eclesiástica, para aprender um ofício que não servisse diretamente às atribuições do feudo, entre tantas outras restrições que lhe sobrepujavam qualquer qualidade de vida. Para serem agraciados com tais concessões, era necessário suportar uma pena pecuniária.

⁴² Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 29. “Não sendo escravos, na completa expressão do termo, estavam os servos sujeitos às mais severas restrições, inclusive de deslocamento, e os vilain francs e sokemen das aldeias senhoriais de Flandres e da Inglaterra raramente tinham licença para se locomover para outras terras”.

⁴³ Ibidem, p. 29.

Sopesados todos os deveres e obrigações dos servos, restavam-lhes muito poucos direitos, a ponto de serem os servos quase identificados aos antigos escravos⁴⁴, de modo a se poder inferir que a condição servil era uma onerosa existência com que arcavam para obterem um meio de subsistência e mínimas condições de segurança. Dentre os poucos direitos que lhes eram reservados, destaca-se o direito de herança sobre animais, objetos pessoais, e o de uso de pastos, em alguns casos, “mas o imposto cobrado pelos senhores absorvia, de maneira escorchante, os bens dos herdeiros”⁴⁵. Em situações de litígio, os servos poderiam recorrer a determinados magistrados contra o senhor feudal.

Não obstante o conceito cristão de igualdade entre os homens, todos reduzidos a uma condição pecaminosa em virtude da queda (ou perda da graça) segundo o pensamento agostiniano, a sociedade que surgiu no princípio da era medieval era assaz extratificada e estamental, cujo modo feudal de produção impingia ao trabalho a antiga pecha da desonra.

A terceira forma são as corporações de ofício, cuja estrutura estava dividida em categorias subordinadas umas às outras, onde havia mestres, companheiros e os aprendizes. Em virtude de alterações no próprio sistema econômico, geradas pelo declínio da estrutura econômica feudal⁴⁶ nos derradeiros séculos da Baixa Idade Média, a economia doméstica, rural e isolada cedeu lugar a grupos profissionais, que passaram a concentrar-se nas cidades, cada vez mais populosas e emergentes economicamente. Nessa nova estrutura de trabalho, as “Associações de Artes e Misteres” – *Maitrises* na França, *Gremios* na Espanha e *Zunft* na Alemanha - os mestres eram os proprietários das oficinas, da matéria prima e das ferramentas, que haviam passado pela prova de obra mestra.

Àqueles pertenciam os lucros dos produtos fabricados, mesmo porque exerciam, dentro desta nova organização laboral, a disciplina profissional e pessoal sobre os trabalhadores. Os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres e os aprendizes, ensinamento dos mestres (os pais dos mestres pagavam taxas elevadas para assegurar a prestação dessa atividade “pedagógica”, reservados aos mestres o direito de

⁴⁴ Ibidem, pp. 29-30. SEGADAS VIANNA alerta que os juristas medievais justificavam tamanhas restrições à liberdade servil com base na classificação romana, segundo a qual os homens eram *aut liberi aut servi*. Há muitos elementos que permitem, se não conceitualmente, ao menos do ponto de vista prático, identificar a condição servil à do escravo.

⁴⁵ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 29.

⁴⁶ Ibidem, p. 30. Os levantes de camponeses, a fome e a peste, o poder quase absoluto dos nobres nos feudos e as Cruzadas contra a expansão da civilização muçulmana são alguns dos fatores que explicam a decadência do feudalismo, num período de transição para a Idade Moderna.

impor castigos corporais, entre outros direitos⁴⁷). Aprendido o ofício, o aprendiz passava ao grau de companheiro, o qual, por sua vez, só poderia passar ao de mestre, caso aprovado no exame de *obra mestre* mediante pagamento de altas taxas (das quais isentavam-se os filhos de mestre e os cônjuges de filhas de mestre, desde que não fosse companheiro, ou de viúvas de mestre).

As corporações exerceram importante papel no desenvolvimento da atividade liberal, e conseqüentemente, da própria vida econômica, à proporção que acompanhavam o desenvolvimento da vida urbana. Assim, as cidades possuíam artesões em tantos grupos quantas fossem as profissões, cada qual açodada no cunho protecionista e exclusivista, objetivando, basicamente, beneficiá-los, com o estabelecimento das próprias leis de classe e o recebimento de privilégios reais, no jogo de poder em que se buscava o enfraquecimento da nobreza⁴⁸, além de se prestarem como órgãos arrecadatários em favor do Erário.

Por conseguinte, é historicamente notório o boicote àqueles não-filiados às corporações, diante da inexistência de medidas proibitivas ao exercício da profissão fora destes grupos organizados. Trata-se de uma decorrência direta desse espírito protecionista que perpassava as corporações. Segundo Segadas Vianna, o sistema em tela nada mais era do que “uma fórmula mais branda de escravização do trabalhador”⁴⁹.

De fato, a concentração de privilégios para tais grupos profissionais e a concentração abusiva de poder nas mãos dos mestres pouco atenuaram as condições materiais de trabalho nesses primeiros séculos subseqüentes ao declínio da servidão. A carga horária era extremamente exaustiva, já que o trabalho possuía a duração da luz, ou seja, terminava com o pôr-do-sol (a jornada estival durava em média de 18 horas e, com a invenção do lampião a gás por volta de 1792, passou-se a trabalhar inclusive à noite⁵⁰). Entretanto, houve alguns avanços em relação às antigas maneiras de execução do trabalho, entre as quais o recebimento de um salário, ainda que bastante módico, mas, sobretudo, a

⁴⁷ Ibidem, p. 31. “Tinha ele, sob suas ordens, não apenas aprendizes, pois lhe estavam subordinados trabalhadores, mediante rigorosos contratos nos quais o motivo não era simplesmente ‘a locação do trabalho’, pois se submetiam às determinações do ‘mestre’ até mesmo quanto ao direito de mudança de domicílio. Em troca, além do salário, tinham a proteção de socorros em casos de doença e lhes ficava assegurado um verdadeiro monopólio da profissão, já que só podiam exercê-la os que estivessem inscritos na corporação correspondente, e, mais ainda, poderiam um dia vir a ser também ‘mestres’”.

⁴⁸ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 31.

⁴⁹ Ibidem, p. 31.

⁵⁰ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 39.

possibilidade de ascensão profissional. As corporações permitiam que um aprendiz pudesse no futuro alçar à condição de mestre.

A ruptura da rigidez social absoluta significou um passo além para a liberdade dos trabalhadores, mesmo que a experiência prática demonstre que tal objetivo, longe de ter sido concretizado, é quase utópico. As corporações de ofício entraram em franco declínio a partir do séc. XVI e foram suprimidas com a Revolução Francesa, uma vez que elas eram incompatíveis com o ideal de liberdade difundido à época, defendido como escopo na referida revolução social, e com as modificações nos modos de produção industrial a partir do séc. XVIII.

Ao longo do tempo, ocorreram diversas evoluções, da agricultura feudal para o capitalismo, tendo o séc. XIX recebendo a herança iluminista dos cem anos anteriores. Indústria e ciência beneficiaram-se com o enciclopedismo e com o racionalismo kantiano, ao passo que a história permaneceu um terrível alçômetro para os trabalhadores continuamente explorados nas excessivas jornadas de trabalho.

Reiterando o exposto no início do presente trabalho, os parâmetros econômicos na modernidade modificaram-se sensivelmente com o advento da Revolução Industrial, durante a qual o trabalho foi transformado em emprego e as relações trabalhistas eram formadas entre patrões e trabalhadores, entre a burguesia economicamente ascendente (farta das restrições antiquadas do Antigo Regime) e a classe proletária, sem opções de subsistência, a não ser a de empregar-se nas indústrias. Os métodos de trabalho transformaram-se com a invenção da máquina e sua contínua aplicação na indústria (principalmente da máquina a vapor como fonte de energia)⁵¹, um constante empregador que pagava, mediante mero contrato verbal, salários à mão-de-obra evadida dos campos para as fábricas.

Quase despidendo seria afirmar que as condições de trabalho continuaram degradantes para o trabalhador, não obstante os diuturnos movimentos de protesto, a

⁵¹ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 32. “[...] primeiramente a máquina de fiar, o método da pudlagem (que permitiu preparar o ferro de modo a transformá-lo em aço), o tear mecânico, a máquina a vapor multiplicando a força de trabalho, tudo isso iria importar na redução da mão-de-obra porque, com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários. [...] com o desenvolvimento dos sistemas de comércio, em especial, com a adoção da máquina a vapor nas embarcações, estenderam-se os mercados, e, conseqüentemente, as indústrias se desenvolveram, admitindo um número maior de trabalhadores, mas seus salários eram baixos, porque, com o antigo sistema do artesanato, cada peça custava muito mais caro do que com a produção em série”.

reação ludista ao desenvolvimento tecnológico⁵² e a conquista de garantias formais⁵³, como a liberdade (de contrato), reforçada pelas teorias políticas contratualistas, com prevalência do individualismo. Tratava-se do império do liberalismo (*laissez faire, laissez passer, laissez aller*), com o absentéismo do Estado quanto a questões de política econômica, ocupando-se unicamente com a tutela dos direitos individuais. O próprio Direito do Trabalho, revelando-se posteriormente uma das ramificações do direito público, não era objeto de intervencionismo estatal até então, uma vez que a obscuridade à época quanto a esta disciplina permitia tão-somente que se vislumbrasse o prisma contratual das relações de trabalho.

Por isso, laborava-se por longas jornadas de 14 a 16 horas em condições sujeitas à insalubridade, aos incêndios, a inundações. Mesmo diversos casos de discriminação, hoje expressamente vedados constitucionalmente, ocorriam na prática, a exemplo do trabalho masculino, preterido pelo feminino e infantil, já que mulheres e crianças poderiam apresentar produtividade equivalente à dos homens pela metade do salário ou menos.

Na Inglaterra, menores eram oferecidos para trabalhar em troca de comida (muitas paróquias se encarregavam de organizar os menores para os locais de trabalho, tornado a mão de obra infantil verdadeira fonte de riqueza nacional; certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos). Eis o período em que se notabilizaram por sua indelével importância os movimentos sindicais, reivindicativos de melhores condições, até então massacrantes.

Historicamente, surgiu em meados do séc. XIX a necessidade da intervenção estatal nas relações de trabalho, assim como da Igreja, que se imiscuiu na questão graças à Encíclica *Rerum novarum* do Papa Leão XIII (1891), como um dos documentos de capital importância para a justiça social⁵⁴, delineando regras de redução de jornada, descanso, entre outras.

⁵² Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 40.

⁵³ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 33. O homem, de acordo com brilhante análise de Segadas Vianna, tornara-se livre e o cidadão, categoria racional na ordenação política da sociedade. A liberdade não passava de mera abstração, portanto. A concentração da massas operárias transformara cada fábrica em uma gigantesca unidade de comando. Parafraseando Ripert, “a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores”.

⁵⁴ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 41. Como bem observa o autor, o referido texto eclesiástico sintetiza fundamental pensamento, pelo qual “não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital”. Outros textos papais importantes nesse tocante foram: *Quadragesimo anno e Divini redemptoris*, de Pio XI (1931 e 1937, respectivamente), *Mater et magistra*, de João XXIII (1961), *Populorum progressio*, de Paulo VI (1967) e *Laborem exercens*, de João Paulo II (1981).

Logo, o Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e com o trabalho assalariado, num sistema liberal que gerara desigualdade e opressão, da qual o próprio Estado se prestara como instrumento⁵⁵, cuja reação filosófica se acendeu com o pensamento marxista, posterior e continuamente revigorado com os demais autores da teoria crítica, já abordados.

Com a I Guerra Mundial surge o constitucionalismo, que nada mais é que a inclusão nas constituições de meios de proteção a defesa social pessoa e nela das relações do Direito do Trabalho. Destacam-se as Constituições do México de 1917 (art. 123, em cujo pioneirismo tratou-se da questão jornada de 8h, da proibição do trabalho de menores de 12 anos, da limitação da jornada de 6 h para menores de 16, da jornada noturna de 7 h, da proteção à maternidade, dos acidentes do trabalho etc.). O texto constitucional de Weimar de 1919, modelo das demais constituições européias em matérias sociais, previa, como modo de concretizar minimamente a igualdade de classes, a participação dos trabalhadores nas empresas com representação própria e a criação de sistemas de seguros sociais.

Por outro lado, o séc. XX presenciou a experiência constitucional corporativista-fascista da *Carta del Lavoro* (1927) na Itália, com a finalidade de organizar os interesses divergentes da Revolução Industrial (uma marca do populismo de Mussolini), tendo o Estado como um poder moderador e regulador da sociedade sob a égide do princípio “*tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato*”⁵⁶.

Paralelamente, o Novo Mundo conhecia as novas formas de trabalho, que se multiplicavam pelo continente, à medida que ganhavam força os movimentos históricos abolicionistas (tardio no Brasil, cuja abolição oficial do regime escravocrata se deu apenas em 1888, com a famigerada Lei Áurea). Era de cediça constatação que o trabalho escravo, por muito sustentado pelo comércio de escravos trazidos da África e fomentador dos chamados navios negreiros que faziam o transporte das “mercadorias”, já não mais se encontrava compatível com a evolução econômica verificada na segunda metade do séc. XIX. No Brasil, por exemplo, notava-se claramente a preferência nas fazendas de café pelo trabalho do imigrante, mais bem preparado tecnicamente, cujos interesses se conciliavam

⁵⁵ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, p. 36. A idéia, de Aron, parece resumir com precisão o quadro opressor para a classe trabalhadora em meados do séc. XIX.

⁵⁶ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 42.

com os dos fazendeiros, visto que muitos contratos entre imigrantes e fazendeiros previam participação percentual nos lucros.

Abolida a escravidão e proclamada a República, iniciou-se o período liberal do trabalho. Por volta de 1907, já não era pequeno o número de oficinas, de manufaturas de calçados, de móveis, de vestuários etc. Em 1912, a cidade de São Paulo possuía mais de trinta fábricas de tecido e, em média, pouco mais de dez mil funcionários. Tais dados estáticos ajudam a calcular que o início do séc. XX já representava para o Brasil um período onde a urbanização, ainda que mais intensificada apenas algumas décadas depois, já era significativa, exigindo-se que o direito pátrio acompanhasse esse grau de desenvolvimento econômico.

A influência da imigração era visível, principalmente a italiana. Contudo, o Estado, fiel ao princípio liberalista, continuava alheio a qualquer reivindicação. No início da República, as greves eram esporádicas e restritivas quanto à pauta reivindicatória, demandando na maioria das vezes melhores salários e redução de jornada diária. Porém, em junho de 1917, eclodiu a 1ª grande greve no Cotonifício Rodolfo Crespi, no Bairro da Mooca. O levante, envolvendo cerca de 2.000 empregados, postulava vinte por cento de aumento num comércio no centro da cidade que estagnou os serviços por tempo indeterminado. Bem sucedido, o movimento reivindicatório em tela passou a contar com o apoio de muitos outros funcionários das fábricas Jafet, os quais aderiram ao movimento grevista, cuja extensão em poucos meses abrigava funcionários das fábricas de tecelagem, funcionários dos bondes, da luz, do comércio e de outras indústrias, inclusive no interior do Estado.

Os jornalistas resolveram intermediar as negociações, estabelecendo um canal de comunicação dos grevistas com o empresariado da época. Em 15 de julho de 1917, firmaram acordo, concedendo o aumento exigido, além da garantia de que nenhum empregado seria demitido e os grevistas presos seriam soltos. A ação dos anarquistas (no Brasil, principalmente imigrantes italianos, portugueses e espanhóis), antecipando o aparecimento da OIT em 1919, passa a ser intensa, as transformações que vinham ocorrendo na Europa, em decorrência da Primeira Guerra Mundial, incentivaram a criação de normas trabalhistas em nosso país, sob influência dos textos constitucionais do México e de Weimar.

Em 1930, houve a primeira grande expansão do Direito do Trabalho no Brasil, em decorrência de inúmeras conquistas nacionais, internacionais e da política trabalhista de

Getúlio Vargas, marcada por forte populismo, um degrau necessário na escala de poder que aquele governante traçara para si. O Estado passa a desempenhar papel central com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ganha valorização a nacionalização do trabalho (Lei dos Dois Terços, Decreto nº 19.482 de 1930), surgiu a Carteira Profissional (DEC. 21.175 de 1932), disciplinou-se a jornada de trabalho no comércio, nos bancos, no campo dos transportes terrestres, das indústrias, das farmácias, etc., além de terem aparecido textos legais para regularem o trabalho da mulher (decreto nº 21.417 A, de 1932), dos menores (Decreto nº 22.042) e dos trabalhadores de estiva (Decreto nº 20.521 de 1931).

A questão sindical também passou a ter destaque. Os sindicatos passaram a ser considerados não só órgãos de defesa dos interesses da profissão e dos associados, mas também entidades de coordenação dos direitos e deveres de trabalhadores e empregadores, bem como, órgãos colaboradores do Estado.

A Constituição Federal de 1934 é a primeira a tratar especificamente sobre Direito do Trabalho. Sob a influência do constitucionalismo social⁵⁷, esse texto veio proteger a liberdade sindical, a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de oito horas, a proteção ao trabalho de mulheres e menores, o repouso semanal, as férias anuais remuneradas etc.

De mais acentuado intervencionismo estatal, por inspiração na *Carta del Lavoro* italiana, a Constituição de 1937 deixava claro em seu art. 140 que “a economia era organizada em corporações, sendo consideradas órgãos do Estado, exercendo função delegada de poder público”⁵⁸. Com ela instituíram-se o sindicato único e o imposto sindical como forma de submissão das entidades de classe ao Estado, vez que esta proibiu a solução dos conflitos coletivos de trabalho mediante pressões diretas dos interessados. A greve e o *lockout*⁵⁹, medidas excepcionais adversas ao paternalismo intervencionista estatal, foram considerados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital, incompatíveis com os interesses da produção nacional. No art. 139 daquele mesmo texto constitucional, instituiu-se a Justiça do Trabalho (o texto de 1934 já previa a evolução daquela, surgida em 1932 quando foram criadas as Comissões mistas de Conciliação para tratar de conflitos coletivos).

⁵⁷ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 43.

⁵⁸ Ibidem, p. 43.

⁵⁹ Ibidem, p. 44

Para os conflitos individuais o Governo criou as Juntas de Conciliação e Julgamento. Contudo somente em 1939 é que a justiça do trabalho foi constituída e instalada oficialmente em 1941, porém não como parte do Poder Judiciário, mas do Executivo (formada por juntas, conselhos regionais do trabalho e conselho nacional do Trabalho). Somente em 1946, a Justiça do Trabalho passa a integrar o Poder Judiciário, passando os conselhos a Tribunais Regionais e Tribunal Superior do trabalho.

As leis trabalhistas cresceram de forma desordenada, eram esparsas, de modo que cada profissão tinha uma norma específica. Como muitas atividades profissionais padeciam da falta de organização e de regulamentação, havia uma ampla massa de trabalhadores que, a despeito do crescente movimento de positivação das leis trabalhistas, ainda não contavam nesta época com mínimas proteções legais aos seus direitos.

Por esse motivo, em 1943 o governo resolveu reunir os textos num só diploma, incluindo nesse algumas inovações aproximando-se de um verdadeiro código. Portanto, foram reunidas as leis sobre o direito individual, coletivo e o processual, ficaram excluídas as matérias previdenciário e acidentário. Em 1º de maio de 1943 surgia a CLT.

Antes da promulgação da Lei Magna de 1988, que consagrou os direitos sociais em amplo sentido (nos quais se insere o direito do trabalho), os outros textos constitucionais que se seguiram à Carta de 1937 mantiveram o núcleo de direitos trabalhistas já açambarcados constitucionalmente, com alguns avanços.

Entretanto, historicamente houve períodos de verdadeiro contraste entre a proteção positiva dos direitos trabalhista e seu efetivo gozo pela classe trabalhadora. Pedro Paulo Teixeira Manus⁶⁰ alerta que os rígidos controles à atuação sindical, às intervenções e à edição da Lei de Greve nº 4.330/64, “a classe trabalhadora brasileira é submetida ao pior período desde a abolição da escravatura”, posto que a repressão política foi notadamente uma marca histórica dos regimes militares no Brasil, principalmente nos primeiros anos, antes do advento da assim chamada “ditadura branda”, arrefecida apenas em meados dos anos 70, com a criação de entidades sindicais aguerridas como a Conclat e a CUT.

Mauricio Godinho Delgado⁶¹ sintetiza com proficiência a evolução do direito do trabalho no Brasil ao externar que no primeiro momento encontramos movimentos

⁶⁰ **Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2002, p. 30.

⁶¹ A obra do referido autor, Mauricio Godinho Delgado, é a **Introdução ao Direito do Trabalho**, parafrazeada muito pertinentemente pelos autores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, no livro **Direito do Trabalho**. tomo I. 3. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31.

incipientes, esparsos, com pouca ou quase nenhuma repercussão sócio-política, ingressando-se, no segundo momento em uma oficialização do ramo justabalhista cujas bases são de inequívoca carga autoritária, corporativa, aliás, marca registrada do período ditatorial vivenciado em nosso país entre os anos de 1930 a 1945. Assim, a sociedade civil não figurou como pólo ativo nas discussões para a sistematização, formalização do Direito do Trabalho tupiniquim, o que representou o viés inicial antidemocrático desta ciência. Referido autor conclui seu raciocínio justificando o modelo “fechado” atual:

Afirmando-se uma intensa e longa ação autoritária oficial (pós-30) sobre um segmento sócio-jurídico ainda sem uma estrutura e experiência largamente consolidadas (como o sistema anterior a 30), disso resultou um modelo fechado, centralizado e compacto, caracterizado ainda por incomparável capacidade de resistência e duração ao longo do tempo.

A Carta de 1988 proporcionou um novo movimento político ao Brasil, redemocratizando os direitos no campo trabalhista, não apenas num plano coletivo, ao consagrar a livre criação de sindicatos (art. 8º, I), a negociação coletiva como meio a dirimir conflitos (art. 7º, XXVI), como também permitiu ampliar os direitos individuais dos trabalhadores (art. 7º, I a XXXIV)⁶², hoje em dia ameaçados por um constante desmantelamento das normas trabalhistas, desregulamentação esta imposta pelo fenômeno cada vez mais acentuado da globalização⁶³. Não apenas aviltam-se os salários e o pleno exercício dos direitos trabalhistas de um modo geral, como também “coloca em xeque a própria essência do Direito do Trabalho como direito social”⁶⁴.

Na mesma esteira, verificava-se já à época da promulgação da Carta Política de 1988 uma evolução tecnológica sem precedentes, iniciada, conforme já aventado, algumas poucas décadas antes, fomentada, sobretudo, pela corrida armamentista entre o bloco capitalista de liderança norte-americana, e o bloco com tendências social-comunistas, liderada pela antiga potência soviética. A criação ianque do ARPANET foi um primeiro modelo de difusão célere informatizada de dados, armazenados em grandes computadores, que tinham intenções não meramente bélicas, mas defensivas em relação aos avanços tecnológicos e militares apresentados pelo bloco socialista, mascarados pelo manto da cortina de ferro, responsáveis pelos temores no mundo ocidental de uma possível eclosão de outra grande guerra mundial.

⁶² Cf. JORGE NETO, F. F. e CAVALCANTE, J. Q. P. Op. cit., p. 31 – ver nota 61 supra.

⁶³ Ibidem, p. 36.

⁶⁴ Ibidem, p. 36.

Com o refreamento desses conflitos geopolíticos, marcados a partir de meados dos anos 70 pela *détente*, a tecnologia desenvolvida neste período para difusão, armazenamento e transmissão de dados (em alguns casos, altamente desenvolvida, a ponto de representar significativos avanços para a corrida espacial) foi aproveitada e introduzida no mundo corporativo, integrando-se à hodierna realidade de trabalho, como uma maneira de potencializar o rendimento do capital humano e de facilitar o desenvolvimento das atividades laborais cotidianas. Em 1991, houve pela primeira vez junto à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) o acesso oficial no Brasil à renomada rede mundial de computadores.

À medida que se acelerava o comércio de produtos eletrônicos, principalmente com a popularização do computador doméstico, houve em nosso país o esquadramento mais definido da realidade laboral que hoje se verifica na grande maioria das empresas, com o uso corrente dos computadores, ligados à internet constantemente para pesquisas, intercâmbio de informações e correio eletrônico. É, portanto, neste contexto que se insere o presente trabalho, cabendo ressaltar que as mudanças verificadas nas últimas décadas representam consideráveis modificações na realidade de trabalho atual, cuja análise é o principal enfoque do presente trabalho. Após muitos séculos de modificação dos modelos de reprodução da vida material, desde os primórdios de escravidão, ausência de direitos humanos e nenhum auxílio tecnológico até a época presente, em que tecnologia e direito, por vezes aliados, encontram-se em determinados casos (como este, estudado na presente dissertação) em conflito.

3.2 EMPREGADO E EMPREGADOR

Empregador é a designação técnica acurada (art. 2º) da CLT para o patrão, aquele oferece o trabalho, um chefe da empresa ou empresário que detém os meios de produção e contrata mão-de-obra. O empregador é, por conseguinte, toda a entidade que se utiliza, de forma contínua⁶⁵, de trabalhadores assalariados, com pessoalidade e de forma contínua,

⁶⁵ Pode o empregador de empresa de trabalho temporário ser pessoa física ou jurídica que coloca mão-de-obra à disposição de outras empresas temporariamente, com o devido registro perante o Departamento

podendo ser tanto pessoa física, como pessoa jurídica, dotados todos, obviamente, de personalidade jurídica. Nesse rol podem ser incluídos os condomínios, o espólio, a massa falida, além das pessoas jurídicas de direito público como os Estados, Municípios, a própria União, autarquias, fundações (artigo 3º), empresas públicas, as sociedades de economia mista.

A conceituação do empregador está no art. 2º da CLT e o parágrafo 1º equipara a essa figura de empregador o profissional liberal, as instituições de beneficência, associações não lucrativas e outras instituições sem fins lucrativos que admitem trabalhadores como empregados.

Portanto não é essencial a idéia de que o empregador deve assumir o risco do negócio, até porque há como empregadores as instituições sem fins lucrativos. A essencialidade dessa figura não reside na exigência de se ter personalidade jurídica⁶⁶, sendo que mesmo a pessoa física jurídica e os entes destituídos de personalidade jurídica também serão considerados empregadores, independentemente do setor econômico em que operem (rural⁶⁷ ou urbano industrial, doméstico⁶⁸ ou comercial). Para efeitos de responsabilidade civil solidária, o art. 455 da CLT equipara a figura do intermediário à do empregador, a exemplo do empreiteiro e do subempreiteiro.

Diante das freqüentes combinações e fusões de sociedades, a Justiça do Trabalho tomou posição, no sentido de oferecer ao empregado de um estabelecimento coligado (grupo de empresas) a garantia de seus direitos contra manobras⁶⁹ fraudulentas ou outros

Nacional de mão-de-obra do Ministério do Trabalho. É caso de solidariedade parcial, pois somente ocorrerá em casos de falência da empresa de trabalho temporário (art. 16 da Lei 6.019/74), porém caberá a responsabilidade subsidiária (Enunciado 331 do TST). Para que haja a responsabilidade solidária ou subsidiária, é necessário que as partes tenham participado do processo na fase de conhecimento como Reclamadas.

⁶⁶ Os condomínios de apartamento, apesar de não possuírem personalidade jurídica, projetam-se como unidade equiparada à pessoa jurídica.

⁶⁷ Poderá o empregador ser pessoa física ou jurídica, contanto que explore atividade agropecuária.

⁶⁸ O empregador, neste caso, é a pessoa ou a família a quem foi prestado o serviço, com pessoalidade, onerosidade, subordinação e no âmbito familiar.

⁶⁹ Não se confundam tais manobras com as legítimas alterações nas empresas. Outra garantia que a CLT traz em seus artigos 10 e 448 é a inalterabilidade dos contratos na hipótese de sucessão da empresa. A sucessão é a alteração da propriedade da Empresa o qual poderá ocorrer por incorporação, transformação, fusão ou alienação. Em todas essas hipóteses os contratos de trabalho subsistem como se nada tivesse ocorrido; até porque o empregado foi contratado pela empresa e não pelo proprietário da empresa. Permanecerá havendo a continuidade na contagem do tempo de serviço e na manutenção das condições de trabalho. Nada impede, no entanto, que o sucessor requeira na esfera civil a responsabilidade do sucedido – Direito de regresso. No caso de falecimento do empregador individual ficará a critério do Empregado a extinção do contrato de trabalho, vez que há interesse social que a relação de emprego subsista, ainda que com outras pessoas, no caso os sucessores (art. 483, § 2º, da CLT).

atos prejudiciais, aos quais se prestariam com relativa facilidade a interligações grupais entre administrações de empresas associadas, prevalece o aspecto meramente formal. Como no Direito do Trabalho vige, conforme exposto, o princípio da primazia da realidade, o meio para garantir essa proteção, surgiu o art. 2º, § 2º da CLT. Todavia, para que se verifique a existência de grupo econômico, pressupõe-se a existência de pelo menos duas ou mais empresas sob um comando único, ainda que tenham personalidade jurídica distinta (Enunciados 129 e 205 do TST). A solidariedade não se presume e deverá ser provada por todos os meios admitidos em Direito.

Já o conceito de empregado, contido no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, refere-se a toda pessoa física (pessoa natural nos termos da legislação civil, excetuando-se os casos de vedação constitucional, vale dizer, os menores de catorze anos, salvo na condição de aprendiz, nos termos do art. 7º, XXXIII, da Lei Magna) que prestar serviços profissionais de natureza não eventual a empregador, sob dependência, gerando o direito de recebimento ao salário e formando-se entre ambos um vínculo hierárquico.

Sobre a figura do empregado repousa o peso da subordinação às determinações do empregador, além de existir entre eles um liame dependência. A natureza desta não é econômica propriamente, malgrado seja o salário vital à sobrevivência da grande maioria dos trabalhadores, nem técnica, mas jurídica. “O que sobreleva é que a dependência referida é decorrente do próprio poder de direção do empregador”, segundo Maria Inês da Cunha⁷⁰.

À figura tradicional do empregado, aparecem outras, cuja relação de trabalho padece de regulamentação, a exemplo do trabalhador temporário, cujo contrato se presta a atender acréscimo extraordinário de serviços⁷¹ e tem um período de duração previsto, nos termos da Lei nº 6019/74. Sergio Pinto Martins⁷² adverte que este caso não pode ser confundido com o do empregado contratado a prazo determinado, pois este presta serviços na própria empresa, ao passo que aquele o faz nas dependências da empresa tomadora.

Também são casos especiais o trabalhador rural, cuja realidade laboral é regulamentada pela Lei nº 5889/73 e pelo Decreto nº 73626/74, com alterações na Constituição (art. 7º) e o empregado doméstico, segurado obrigatório da Previdência Social, cuja regulamentação de direitos se dá pela Lei nº 5859/72, ampliados pelo art. 7º da

⁷⁰ **Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

⁷¹ *Ibidem*, p. 47.

⁷² Cf. MARTINS, S. P. *Op. cit.*, nota 8 *supra*, p. 185.

Norma Política, além de figuras autônomas como o trabalhador eventual, com quem a previdência social passou a ocupar-se, o trabalhador avulso, o estagiário, entre outras.

A subordinação é o elemento essencial que permeia a figura do empregado e surge como uma consequência de um direito do empregador, configurado no poder diretivo, em “definir, no curso da relação contratual e nos limites do contrato, a modalidade da atuação concreta do trabalho”, eis que a subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes⁷³.

Aponta Riva Sanseverino ⁷⁴ a existência no vínculo contratual estabelecido entre empregador e empregado, representando verdadeira relação fiduciária, onde o empregado fica adstrito a prestar um determinado trabalho, subordinando-o à orientação técnica do empregador. Trata-se de uma relação jurídica que “reclama a existência de uma certa harmonia no comportamento contratual recíproco”⁷⁵.

3.3 DOS PODERES DO EMPREGADOR

A gestão do empreendimento, e em especial as atividades do empregado (em decorrência do contrato de trabalho), são um poder e, ao mesmo tempo, uma incumbência do empregador. Esse poder, comumente denominado diretivo, tem supedâneo legal nos artigos 2º e 3º da CLT, pode ser justificado a partir de diferentes teorias, como expõe Sergio Pinto Martins⁷⁶.

De um lado, expõe alguns autores que o empregador exerce o poder diretivo por ser proprietário da empresa. Conforme se poderá observar, em tópico oportuno, esta também é a justificativa utilizada para justificar o monitoramento de mensagens eletrônicas destinadas aos empregados pelo empregador. Segundo outra teoria, o reverso da subordinação do empregado é o poder de direção do empregador, de modo que lhe cabe proferir ordens aos empregados. Num terceiro ponto de vista, vale ressaltar que alguns

⁷³ Cf. SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. Op. cit., nota 5 supra, pp. 247 e 249.

⁷⁴ Ibidem, p. 248.

⁷⁵ Ibidem, p. 248.

⁷⁶ MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 226

entendem a empresa como instituição, algo que perdura, de modo que o empregado é figura que nela se insere, e a cujas regras se deve atinar.

3.3.1 Do Poder Diretivo

Poder diretivo nada mais é que a possibilidade dada ao empregador de limitar certas ações de seus empregados, visando o bom desenvolvimento das atividades laborais e conseqüentemente de sua atividade econômica, no entanto, tal poder ao ser aplicado deverá observar os direitos do empregado, garantidos constitucionalmente, tais como a dignidade, privacidade entre outros.

Portanto, o direito legitimado também sofrerá limites, assim como sofrerá o direito a resistência e oposição e, é justamente esse binômio *legitimação-limitação* que aquece a discussão objeto deste trabalho.

Para Mauricio Godinho Delgado, o poder empregatício é a denominação mais correta, uma vez que é menos autoritária – “é o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”⁷⁷

De acordo com Sergio Pinto Martins⁷⁸, o poder de direção devidamente açambarcado pelo diploma legal trabalhista pode ser estudado sob diferentes aspectos, já que a condução das atividades da empresa é de extrema complexidade, não se adstringindo a uma tarefa singular. Primeiro, cabe avaliar o poder de organização⁷⁹, pelo qual o empregador não somente define o campo de atuação do empreendimento gerido, como também planeja o organograma da empresa com a distribuição de tarefas, dispõe sobre questões de logística e elabora o regulamento.

Para Rivero e Savatier:

⁷⁷ **Curso de Direito do Trabalho**. 4ªed. São Paulo: LTr., 2005, p. 629.

⁷⁸ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, pp. 226-230.

⁷⁹ Ibidem, pp. 226-230.

a autoridade do dirigente da empresa apresenta-se sob tríplice aspecto: ele possui sobre seus subordinados um poder geral de comando no exercício de seu trabalho; ele pode, em virtude deste poder, estabelecer, no que se refere ao funcionamento da empresa, disposições gerais que constituem o regulamento interno; por fim, ele aplica sanções, diante de faltas praticadas, por meio de medidas disciplinares”.

assim o fundamento do poder se apóia em três aspectos distintos: o direito de propriedade, o contrato de trabalho e o caráter institucional da empresa⁸⁰.

Ari Possidonio Beltran afirma que:

[...] o poder diretivo, pode-se dizer em suma, consiste em atitudes inseridas no âmbito de ação permitida ao empregador de organizar e regulamentar as atividades empresariais, bem como de informar e de terminar ao empregado o modo pelo qual a prestação de serviços deve ser executada. Tais prerrogativas encontram, evidentemente, limites legais, dado não se cogitar de um poder absoluto, nem justificador de atos de arbítrio⁸¹.

Segundo o autor acima, para o italiano Giuseppe Pera:

[...] a subordinação e o poder diretivo são apenas admissíveis na medida necessária para que as obrigações decorrentes do contrato sejam realizadas, para assegurar a disciplina do local de trabalho, mas não se cogita do domínio de uma pessoa sobre outra⁸².

Por outro lado, o poder de controle do empregador, entendido como outro aspecto do poder diretivo, consiste no direito de fiscalizar e controlar as atividades dos empregados. Além dele, cabe ressaltar o poder disciplinar⁸³, cuja denominação já contém claramente de que se trata. Ele pode ser compreendido sob a óptica de diferentes fundamentos e teorias, desde o direito a propriedade privada; da empresa como instituição – teorias da organização profissional do trabalho, no interesse social da empresa⁸⁴; da teoria administrativista, segundo a qual a imposição de sanções disciplinares pelo empregador é decorrência direta do seu poder diretivo (largamente aplicada na prática), da teoria negativista, hoje em dia inaplicável aos olhos do empresariado, por defender a idéia de que o monopólio do *ius puniendi* pelo Estado suprimiria qualquer possibilidade de exercício de disciplina pelo empregador.

Ao lado dessas correntes de pensamento, figuram a teoria contratualista, que prevê a sanção disciplinar do empregado pelo seu empregador em decorrência do próprio

⁸⁰ Apud BELTRAN, Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr. 2001, p. 95.

⁸¹ Ibidem, p. 97.

⁸² Ibidem, p. 110.

⁸³ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 226-230.

⁸⁴ MESQUITA, Luiz José de. **Direito Disciplinar do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p.64. DURAND, P E JAUSSAUD, R. **Traite de Droit du Travail**. vil. I, Paris: Dalloz, 1947, p.430.

contrato de trabalho, e a teoria penalista, de acordo com o que o empregador aplica sanções, posto ter todas elas o mesmo objetivo, o de garantir a ordem na sociedade.

É possível detectar alguns aspectos controversos em algumas dessas teorias. A teoria negativista, por exemplo, não considera que o poder disciplinar reside numa esfera inferior o poder do Estado, além de ignorar os casos em que os próprios cidadãos atuam como *longa manum* estatal, exercendo subsidiária e particularmente um poder repressivo. Igualmente problemática é a posição penalista, já que da pena exige-se previsão legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal) pelo princípio da anterioridade e o direito de punir deve ser exercido independentemente da vontade da pessoa que irá aplicá-la. As sanções disciplinares dentro de uma empresa não são permeadas por nenhuma dessas duas exigências.

Por fim, com relação à teoria contratualista (ou civilista), impende reconhecer que a sanção civil visa à recomposição patrimonial por dano causado, ao passo que a sanção disciplinar pretende salvaguardar a ordem na empresa, sem o objetivo de reparação, “podendo ter um efeito meramente moral ou pedagógico, como ocorre na advertência”⁸⁵.

Assim, o poder diretivo traz em seu bojo o poder de organizar a atividade econômica como um todo, englobando a estrutura jurídica da empresa, a divisão de cargos, tarefas, diretrizes; de regulamentar o comando da prestação dos serviços através de normas disciplinares e técnicas, por meio de usos, costumes, circulares, regulamentos internos, instruções e ordens de serviços e, de disciplinar através de sanções disciplinares, tudo para atingir os fins colimados pelas empresas.

Portanto, não se pode chegar à conclusão diferente daquela que expõe ser o poder disciplinar uma decorrência do poder diretivo, como medida de assegurar, quer por via moral, quer por pedagogia, o respeito pelo corpo de empregados ao regulamento da empresa.

Num certo sentido, não deixa de ser esse poder disciplinar exercido pelo empregador uma decorrência também da relação de subordinação verificada entre patrão e empregado. Nos casos em que não se estabelece tal vínculo hierárquico, como em hipóteses de trabalho autônomo entre outras, não cabe falar em poder diretivo, e muito menos, em seu aspecto mais específico, vale dizer, o poder disciplinar.

⁸⁵ Cf. MARTINS, S. P. Op. cit., nota 8 supra, p. 228.

Vale asseverar, a guisa de esclarecimento, que os poderes de controle e disciplinar não podem, em nenhuma hipótese, representar violação dos preceitos constitucionais que protegem a dignidade humana e os direitos fundamentais do homem. Não se admitem, *verbi gratia*, revistas abusivas ou vexatórias e, da mesma forma, será vedada a revista que violar o direito à intimidade do empregado, contido no inciso X, art. 5º da Lei Magna, podendo o empregado em caso de abusos valer do direito de resistência – art. 483, “a” e “b” da CLT; da via judicial, assim como do disposto no art. 483, “d”, da CLT que trata da rescisão do contrato por culpa do empregador.

Até porque na visão de Estevão MALLET⁸⁶ “o empregado, no momento em que celebra um contrato de trabalho, não se despoja, como soa evidente, de seus direitos de personalidade”, contudo esses direitos, como direitos em geral, não são absolutos, assevera ainda, que “a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, no art. 21, do Código Civil, não se pode tirar a proibição total e absoluta de fiscalização, pelo empregador, da atividade do empregado”, posto que geraria relação de emprego sem um dos seus requisitos essenciais a subordinação.

Eis que se chega a um tópico fundamental do presente trabalho: a proteção ao direito à privacidade (o preceito constitucional de sigilo de correspondência - art. 5º, XII, da Constituição Federal) versus direito à propriedade (compreendendo os limites do poder diretivo). O afã de responder a tal intrigante questão será amplamente destrinchado em tópico oportuno.

3.4 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

De acordo com José Afonso da SILVA, “a positivação dos direitos individuais constitui elemento fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade”⁸⁷. A linha de pensamento do eminente constitucionalista reside em reconhecer que a tutela dos direitos

⁸⁶ MALLET, Estevão. Apontamentos sobre o Direito à Intimidade no Âmbito do Contrato de Trabalho. In ARRUDA, Roberto Parahyba de Pinto (Coord.). **O Direito e o Processo do Trabalho na Sociedade Contemporânea**. São Paulo: LTr, 2005, pp. 66-67.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 176.

fundamentais do homem não depende de qualquer outro elemento, senão sua inclusão na Carta Política vigente, eivando-os de um caráter vinculatório, na posição mais hierarquicamente privilegiada dentro do ordenamento jurídico.

A acepção de garantia diz respeito a assegurar que na relação jurídica entre o Estado e os governados, aquele assume a posição de sujeito passivo perante os últimos, estabelecendo-se um compromisso jurídico-político, de cumprimento dos mandamentos da Carta Política, envolvendo “os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais”.

Num certo sentido, portanto, existe na tradição constitucional pátria uma formulação de pensamento que não deixa de reconhecer a importância das conquistas históricas no campo dos direitos individuais, a exemplo do que representa a Revolução Francesa para o campo jurídico privado, e dos direitos sociais, sobretudo no campo do direito do trabalho, com a Revolução de 1848 e com os movimentos ideológicos esquerdistas, como a Revolução Russa de 1917. Entretanto, a despeito da importância desses eventos históricos, sua complexidade resulta num caráter controverso, fazendo-se necessário, para salvaguardar que as conquistas de direitos não se percam nas malhas do tempo, a positivação constitucional.

No espectro da presente dissertação, interessam ao tema do monitoramento das mensagens eletrônicas as garantias constitucionais relacionadas ao empregador, dentre as quais destaca-se o direito de propriedade, e as garantias constitucionais referentes ao empregado, principalmente aquelas referentes à tutela do direito à intimidade e a decorrente inviolabilidade do sigilo de correspondência, configurados no artigo 5º. da Constituição Federal.

3.4.1 Garantias Constitucionais do Empregador – Direito de Propriedade e Sua Função Social

É com base no direito de propriedade do empregador e nos bens de produção que residem uma das principais fundamentações ao poder de direção do empregador, legitimando sua atividade diretiva (organização, regulamentação controle, fiscalização e disciplinar).

O Direito de propriedade e sua função social estão capitulados na Constituição Federal de 1988, entre os direitos e garantias fundamentais - art. 5º, XXII e XXIII.

O conceito de propriedade advém do art. 1.1228 do Código Civil – garantindo como propriedade o direito real de usar, dispor, gozar, reaver bem móvel ou imóvel.

Maria Helena Diniz⁸⁸⁸, sobre o tema destaca que o direito de usar – *jus utendi* consiste em tirar dela, sem modificação em sua substancia, de todos os serviços que ela pode prestar; o direito de gozar da coisa – *jus fruendi*- consiste nos frutos advindos e na utilização de seus produtos, no direito de explorá-los economicamente; o direito de dispor – *jus disponendi* e o direito de aliená-la, consumí-la ou gravá-la de ônus reais e, por fim que o direito de reivindicar – *rei vindicato* – nada mais é que o direito de ação como modo de buscar a coisa de quem a detenha injustamente.

O mencionado art. 1.228, em seu parágrafo 1º, determina ainda que a propriedade deverá ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas e sociais, assim, como também prevê o texto constitucional quer ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, como da ordem econômica, integrando desta feita o interesse coletivo e o privado, não o considerando o direito de propriedade como um direito absoluto, limitando a atuação do titular aos interesses social.

A propriedade privada dos meios de produção também não pode deixar de ter, ainda que indiretamente, a função de permitir ao proprietário o controle e orientação do trabalho desenvolvido em direção de seus interesses, pouco importando a vontade de trabalhadores.

⁸⁸ Código Civil Anotado. 12ª ed. São Paulo: Saraiva 2006, p. 974-975.

Com efeito, o direito de propriedade, meios de produção e o conseqüente poder de direção, o qual buscamos delinear nesse texto, emergem do contrato de trabalho, nas palavras de Octavio Bueno Magano, o empregador encontra-se legitimado a acompanhar as atividades do empregado, “para verificar a sua conformidade com as ordens dadas”⁸⁹.

Na visão de Estêvão Mallet o poder diretivo do empregador limita o direito de intimidade do empregado, uma vez que nos termos do artigo 2º, da CLT, o empregador está investido da prestação de dirigir a prestação pessoal de serviço, defluindo “o direito de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais do empregado.”⁹⁰

Importa notar que texto constitucional ao garantir o direito de propriedade o vinculou a função social, logo, tal garantia está presente em nosso ordenamento jurídico, contudo não de forma absoluta, assim, como também não o é a garantia ao direito de intimidade, aliás, como já ressaltado. Há, portanto, que se buscar um equilíbrio, a proporcionalidade entre o direito de privacidade do empregado e direito de propriedade do empregador, a fim de evitar abuso de direito de ambos os lados.

3.4.2 Garantias constitucionais do empregado

Temos correios eletrônicos, os home banking, diversos serviços que facilitam a invasão de privacidade dos usuários. E dados sobre as pessoas são armazenados e podem vir a ser negociados, ou mesmo deturpados sem que elas tenham conhecimento. E numa escala mundial, nunca vista antes⁹¹.

Essa advertência feita por Michel Temer permite esquadrihar o conflito que suscitou a pesquisa da presente dissertação. De um lado, existem os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade (assim como o princípio da inviolabilidade de correspondência), salvaguardados não apenas pela Constituição Federal nos art. X e XII, como por textos internacionais, como a Declaração de 1948. Por outro, a liberdade contratual, produto do conjunto de conquistas históricas consolidadas pela Revolução

⁸⁹ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p.118.

⁹⁰ Op. cit. nota 86 supra, p. 66.

⁹¹ TEMER, Michel. **Internet. Aspectos legislativos. Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: EDIPRO, 2000. In GERHARDT, R. C. Op. Cit. nota 23 supra, p. 99.

Francesa, e a crescente necessidade de medidas práticas de proteção a dados sigilosos das empresas servem como contraponto à aparentemente inquebrantável barreira de resguardo aos direitos fundamentais.

O texto basilar à defesa dos direitos fundamentais, assinado em 1948, é o produto histórico de um encadeamento de direitos e garantias que vieram sendo ratificados e salvaguardados em alguns dos documentos históricos mais importantes.

Se, de um lado, a Carta Magna de 1215 prestou-se a lançar o germe das liberdades individuais e da sutil diferenciação entre soberania estatal e despotismo puro, d'outra banda, a Declaração da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos na tradição anglo-americana, assim como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, deitaram raízes sobre direitos essenciais à solidificação da dignidade humana, cujo gama varia amplamente do campo das liberdades na seara privada à proteção de direitos econômicos, sociais e culturais.

Na douda opinião de expoentes desta disciplina na tradição do academicismo francês, destacam-se Robert, Rivero e Burdeau⁹² de acordo com os quais “o pensamento cristão e a concepção de direitos naturais” são as principais fontes de inspiração para a celebração dessas declarações, em direto acompanhamento ao curso histórico dos acontecimentos, em especial a Revolução Francesa.

Atente-se ainda à análise teórica produzida por José Afonso da Silva⁹³, para quem o advento da Revolução de 1789 produziu condições reais ou históricas, ratificando a maior participação do Terceiro Estado na tomada de decisões de natureza política, como um resultado direto à estagnação econômica, a opressão jurídica e ao acúmulo de abusos e privilégios absurdos que marcaram a estrutura socialmente inflexível do *Ancient Régime*. A essas condições históricas somem-se aquelas de natureza ideal ou lógica, que refletem nada menos que o compasso do pensamento de filosofia política, no sentido de afirmar “a dignidade eminente da pessoa humana”⁹⁴, na vertente da tradição européia do jusnaturalismo, como assevera Del Vecchio⁹⁵, assim como a remota, porém decisiva

⁹² Apud SILVA, J. A. Op. cit. nota 87 supra, p. 176.

⁹³ Ibidem, p. 177.

⁹⁴ Ibidem, p. 177.

⁹⁵ Cf. Ibidem, “Mas às suas exigências vitais era arrebatada qualquer possibilidade de fazer-se valer na legislação e na administração; enquanto toda a sua atividade era exposta à arbitrariedade e à opressão jurídica e econômica das classes privilegiadas. Essa contradição entre uma super estrutura atrofiada e uma sociedade progressista não poderia deixar de provocar uma crise muito grave na vida da nação; ela produziu-se em efeito e tornou-se tão forte que, em certo ponto, as autoridades estabelecidas se encontraram na impossibilidade de ir adiante no governo. A convocação dos Estados Gerais marca precisamente esse

influência do pensamento cristão, tornando inviável a monarquia absoluta a partir do séc. XVIII. De fato, após ruptura da estrutura estamental do Antigo Regime provocada pelas mobilizações burguesas, capitaneadas pela doutrina de Sieyès⁹⁶, não seria mais possível persistir na denegação jurídica dos direitos fundamentais do homem, posto que as amarras de privilégios, que impediam a liberdade por direito pertencente a todos os cidadãos, estava a ponto de partir-se irreparavelmente.

O processo histórico-dialético⁹⁷, presente como explicação para o curso dos acontecimentos nas filosofias hegeliana e sartriana, robusteceu o fundamento dos direitos fundamentais, que passaram a contar a partir de meados do séc. XIX com o desenvolvimento da teoria crítica, iniciada pelo Manifesto Comunista de Marx, a qual tornou-se, paralelamente à doutrina social da Igreja e a corrente política do intervencionismo estatal, as novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais⁹⁸.

Entretanto, para uma perspectiva mais aproximada do universo do direito do trabalho, é preciso considerar que nenhum documento histórico repercutiu tão diretamente para a questão dos direitos fundamentais na relação empregatícia quanto a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, aprovada em janeiro de 1918 pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes⁹⁹. Indubitavelmente produto histórico da doutrina marxista e consequência política direta da Revolução Russa de 1917, o referido documento de 1918 carregava em seu bojo uma expressão mais radical das liberdades humanas, atrelada a uma nova concepção de sociedade desembaraçada da divisão de classes e adversa ao modelo capitalista, muito embora não se tenha reconhecido nesse caso as garantias dos direitos individuais. Propunha a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado:

Suprimir toda exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes, esmagar sem piedade todos os exploradores, realizar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países¹⁰⁰.

Naturalmente, na convergência dos acontecimentos no final do séc. XXI, as perspectivas lançadas por esse movimento revolucionário não se concretizaram, mas

momento. A monarquia feudal, em convidando o Terceiro Estado para colaborar com o governo, cedia à necessidade histórica que lhe impunha o desaparecimento enquanto poder absoluto”.

⁹⁶ SIEYÉS, E. J., Qu'est-ce que le Tiers État? In BASTOS, A. W., **A Constituinte Burguesa**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 3. ed., 1997, p. 57.

⁹⁷ Cf. SILVA, J. A., Op. cit. p. 178-179.

⁹⁸ Ibidem, p. 178-179.

⁹⁹ Ibidem, p. 165.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 165.

fomentaram a discussão acerca da relação do trabalho, as condições materiais do trabalhador, dialogando, ainda que indiretamente, com o proletariado do lado capitalista. A relação empregatícia hoje em dia é um produto de uma assimilação da doutrina jusnaturalista, fomentada pelo embate de idéias trazido na esteira da teoria crítica e da experiência histórica do socialismo na Rússia e nas demais nações que se afiliaram ao projeto comunista.

Alguns constitucionalistas, em especial José Afonso da Silva¹⁰¹, pretendem identificar os caracteres essenciais que definem os direitos fundamentais, independentemente da influência exercida pela vertente jusnaturalista, segundo a qual tais direitos são inatos e absolutos¹⁰². Nem mesmo se poderia assumir a defesa da conceituada tese de Pontes de Miranda, de acordo com que há direitos fundamentais relativos, vale dizer, conforme a lei, e direitos fundamentais absolutos, “que existem não *conforme os cria ou regula a lei*, mas a despeito das leis que os pretendem modificar ou conceituar”, dentre os quais a liberdade pessoal e a inviolabilidade de correspondência, por se tratarem de direitos supra-estatais¹⁰³. Por outro lado, tal discussão sobre a existência de direitos supra-estatais, embora sempre pertinente, extrapola o fulcro da presente dissertação, valendo mais reconhecer os caracteres essenciais dos direitos fundamentais.

Destarte, conforme a tradição positivista, os direitos humanos revestem-se de historicidade, refutando-se a corrente do direito natural. Fruto da revolução burguesa, os direitos fundamentais tendem a ampliar-se no decurso dos tempos, sem que tenha lastro com a fundamentação na essência do homem ou na natureza das coisas.

A despeito das diversas possíveis explicações válidas para o fundamento da historicidade dos direitos fundamentais, nenhuma delas vem resplandecer com tamanho vigor aos olhos da filosofia do direito quanto à de inspiração kantiana. Independentemente

¹⁰¹ Cf. SILVA, J. A., Op. cit. p. 185. A expurgação dos matizes jusnaturalistas atende a um requisito da vertente positiva, que pretende afastar qualquer elemento jurídico dos direitos positivados que tenha existência e eficácia independentemente da lei.

¹⁰² Ibidem, p, 185

¹⁰³ Ibidem, p. 185-186. “Quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico. Pontes de Miranda, contudo, sustenta que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os primeiros são os que existem não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que os pretendem modificar ou conceituar [...] enquanto os relativos existem, mas valem conforme a lei [...]. É também inaceitável essa doutrina, posto que ela está fundamentada na conhecida opinião do autor sobre a existência de direitos fundamentais supra-estatais, o que não é muito diferente da posição jusnaturalista [...]. Se a questão, no entanto, fosse posta em termos de relação norma constitucional e conteúdo integral do direito previsto, ainda se poderia admitir a distinção. Assim, seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão de lei”.

da recusa de Kant em atribuir legitimidade aos processos revolucionários, conforme fica claro pela análise de Ricardo R. Terra ¹⁰⁴, a constituição proveniente dela deve ser obedecida, posto que “a ilegalidade do começo não atinge a legalidade atual”, pelo que se depreende da leitura de textos como *À Paz Perpétua* ou na Doutrina do Direito.

É premente em Kant a obrigação do povo de obediência às leis positivas, ainda que a formação empírica do Estado se dê pela força (*Gewalt*), “sob cuja coerção pode ser fundado posteriormente o direito público”¹⁰⁵.

Ocorre que o direito racional¹⁰⁶ forneceria o padrão para as reformas possíveis, vista a ilegitimidade da revolução. O mecanismo da reforma¹⁰⁷, passando sob o crivo do poder soberano, é o veículo que detém a legitimidade para produzir alterações constitucionais e definir, em última instância quais os direitos fundamentais a serem açambarcados pelo manto da proteção constitucional. Não obstante se apresente aqui uma tênue distinção entre direito racional e direito positivo, em que o primeiro é aquele que orienta o segundo a legiferar e revestir de eficácia tais e tais direitos, forçoso concluirmos que a historicidade dos direitos fundamentais advém do positivismo kantiano.

Além da historicidade, são caracteres essenciais dos direitos fundamentais a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade e a inalienabilidade. Em outros termos, é certo que os direitos fundamentais não apenas nunca deixariam de ser exigíveis ou deles poder-se-ia abdicar, como também eles não poderiam ser jamais transferidos ou negociados, visto que não podem ter conteúdo econômico-patrimonial¹⁰⁸.

Dos diversos direitos fundamentais, interessa a presente dissertação um específico, ao princípio da dignidade humana, do direito à privacidade, bem como os direitos derivados deste, inclusive no texto do art. 5º. da Constituição Federal, comumente catalogado como um dos direitos individuais. Os direitos individuais constituem subgrupo dos direitos fundamentais, que também incluem os direitos coletivos, os direitos sociais, os direitos à nacionalidade e os direitos políticos¹⁰⁹.

¹⁰⁴ TERRA, R. R. É possível defender a legalidade e ter entusiasmo pela revolução? In **Passagens**. Estudos sobre a Filosofia de Kant, ed. UFRJ, 1ª. ed., 2003, p. 117.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 125, trecho extraído de **À Paz Perpétua**.

¹⁰⁶ TERRA, R. R Op. cit. p. 125

¹⁰⁷ Ibidem, p. 117, 119 e 124.

¹⁰⁸ Cf. SILVA, J. A. Op. cit., p. 185.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 187.

3.4.2.1 Da Dignidade Humana

A Constituição Federal da República traz em seu art. 1º, III a celebração da dignidade humana como fundamento basilar, garantia essa, também, perpetrada no art. 170, caput da CF/88, condicionando a ordem econômica à valorização do trabalho humano.

Segundo Eros Roberto Grau:

[...] a dignidade humana não é apenas o fundamento da República, como é também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica. Esse princípio compromete todo o exercício da atividade econômica, sujeitando os agentes econômicos, sobretudo as empresas, a se pautarem dentro dos limites impostos pelos direitos humanos¹¹⁰.

Para Luiz Roberto Barroso:

[...] a dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo... A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência¹¹¹.

Decorre desse fundamental princípio, outro também de suma importância para o Direito do Trabalho: o princípio da proteção, o qual com base na máxima Aristotélica busca uma igualdade, levando o interprete a escolher entre diversas interpretações a mais favorável ao trabalhador.

Diante dos preceitos constitucionais supra citados, concluímos que a ordem econômica deve condicionar-se à valorização do trabalho humano, de forma digna, preservando seu valor social, em especial no caso em estudo que trata dos limites à violação à intimidade do empregado X o poder diretivo do empregador.

¹¹⁰ Apud SILVEIRA NETO, Antônio. PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **A privacidade do trabalhador no meio informático**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_eletronico>. Acesso em: 10 jan 2008.

¹¹¹ Apud SILVEIRA NETO, Antônio. PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Op. Cit.,2008.

3.4.2.2 Do Direito à Privacidade e à Intimidade

O reconhecimento da natureza espiritual do ser humano originou o direito à privacidade. Do direito à privacidade derivaram o direito à intimidade e o direito ao segredo, em escala concêntrica, de tal forma que o direito à privacidade é o de maior abrangência. O de menor abrangência é o direito ao segredo, segundo o qual cada ser humano pode conter para si e apenas para si informações de foro íntimo, definidoras, sobretudo, de sua personalidade, a serem resguardadas da ciência de outrem, não importando quem seja.

Em posição intermediária entre um e outro, situa-se o direito à intimidade, que envolve os mais restritos círculos de amizades e o círculo familiar, excluindo-se quem não tenha laço afetivo ou social estreito. Expressamente contemplados no texto constitucional aparecem somente o direito à privacidade e à intimidade, pelo que o art. 5º, inciso X, da Lei Magna assevera serem invioláveis a intimidade e a vida privada da pessoa. Quaisquer danos a tais esferas suscitam indenização nos campos material e moral. A seguir a redação de referido dispositivo:

Art. 5º [...] X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação...

Portanto, a estrutura concêntrica que posiciona, respectivamente do mais ao menos amplo, o direito à privacidade, o direito à intimidade e o direito ao segredo constituem parte de uma construção doutrinária, que, contudo, não afronta o texto constitucional. É fato que a presente distinção pretende elucidar com meridiana transparência a questão do direito à privacidade e seus derivados, uma vez que a compreensão deste tema é, *in línea di massima*, essencial à dissertação ora apresentada.

A noção de um direito à intimidade e à privacidade deita raízes em doutrinadores já do final do século XIX, época em que o corpo social ganhava complexidade, fazendo-se necessário, portanto, salvaguardar um certo distanciamento da vida coletiva.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 02 de maio de 1948, seguida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, instituída pela

ONU em 10 de dezembro de 1948, foram os primeiros instrumentos internacionais legais de garantia à vida privada.

No Brasil, somente através do texto constitucional de 1988 foi incorporado expressamente o direito à privacidade e intimidade, muito embora, anteriormente existissem dispositivos legais, em normas esparsas que tratassem do tema (art. 49, § 1º da Lei de Imprensa, bem como no Código Civil 1916).

Dessa forma, cunhou-se na doutrina jurídica o *right of privacy*¹¹², direito à privacidade, ou ainda, como sói ser também apresentado, “o direito a ser deixado em paz”. Muitas expressões idiomáticas equivalentes foram criadas, todas padecendo de certa precisão, no sentido de definir claramente o que é o direito à privacidade. Todavia, é certo, consoante expõem Warren e Brandeis, que “*el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido em algo esencial para la persona*”¹¹³.

Outrora, diante da impossibilidade imediata em se definirem os lindes precisos da esfera de privacidade do ser humano, fomentou-se a idéia de que cabe a cada um decidir até que ponto podem ser comunicados os pensamentos, sentimentos e emoções.

Trata-se de uma regra de direito consuetudinário, algo que surgiu e desenvolveu-se no seio da *common law*, cujo papel era então o de garantir esse específico poder de decisão a cada pessoa¹¹⁴. Em razão da revolução tecnológica, essa regra não mais satisfaz, contudo, as exigências atuais de resguardo da esfera privada, íntima e de segredo, principalmente após o advento em escala mundial da internet.

O princípio de razoabilidade que permeia o pensamento jurídico em geral permite entrever, com chancela da experiência prática, que tal regra forjada pela *common law* é de inviável aplicação. O controle que cada indivíduo poderia exercer, hoje em dia, sobre as informações pessoais, por exemplo, é mínimo diante dos mais requintados recursos tecnológicos no campo da informática, dos sistemas de armazenamento e difusão de dados. Juntamente com a internet, a tecnologia microscópica presente num celular ou em I-POD, com o apoio da rede mundial de satélites, torna qualquer empreitada de retenção de informações um desafio de altíssimo risco, senão impossível de ser concretizado.

¹¹² WARREN, S. and BRANDEIS, L. **The Right to Privacy**. Trad. esp., PENDÁS, B. y BALSEGA, P., Madrid: Civitas, 1995, p. 27.

¹¹³ Ibidem, p. 27

¹¹⁴ WARREN, S.; BRANDEIS, L. Op. cit., nota 112 supra. p. 31.

Quando se pensa em como traçar os limites para a esfera de privacidade, e assim subseqüentemente para a da intimidade e do segredo, é válido, entretanto, aproveitar as experiências pretéritas na seara do direito consuetudinário.

Conforme postula Vide¹¹⁵, tais limites podem ser traçados, mas para tanto “es imprescindible atender a los usos sociales, y más aún, a los propios actos, a las pautas de comportamiento escogidas por cada persona para si y en el seno de la familia”.

Submetendo ao crivo da lógica, reservar a cada pessoa que estabeleça quais os limites para a sua esfera de privacidade é, na realidade, não fazer valer critério algum, relegando ao alvedrio individual a tarefa supramencionada. Suspender-se-iam, deste modo, todos os parâmetros para que se tivesse mínima noção quanto à abrangência da esfera de privacidade. Porém, o critério de usos sociais, senão é preciso, permite ao menos que se possam aplicar os parâmetros sociais e as regras de bom senso para as decisões envolvendo os dados sensíveis¹¹⁶ e os limites da esfera da privacidade, na ausência de um critério de maior precisão. Importante é, sobretudo, assegurar a tutela constitucional para o direito à privacidade, prevendo-se sanção adequada para o abuso na manipulação de tais dados sensíveis do indivíduo¹¹⁷.

Conforme adverte J.J. Gomes Canotilho¹¹⁸, os direitos fundamentais:

Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos”, no sentido de coibir indevidas ingerências daquelas na esfera privada dos cidadãos. O fundamento do princípio democrático na tradição filosófica propõe a limitação do poder soberano como uma defesa dos direitos fundamentais, em contraposição às teorias políticas como a hobbesiana, defensora de uma soberania irrestrita. Num segundo plano, o jurídico-subjectivo, trata-se do poder de que é investido cada cidadão de exercer positivamente, como expressão de sua liberdade positiva, e de exigir “omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Nesse sentido, enaltece-se a finalidade pela qual o direito à privacidade e o direito à intimidade figuram no texto constitucional, regido pelo princípio da exclusividade¹¹⁹. De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Junior, a finalidade do resguardo constitucional é assegurar ao indivíduo a sua intimidade a qual deve estar protegida da curiosidade alheia, pois não envolve direitos de terceiros, da impositividade do poder estatal, tendo em vista que é o refúgio indivisível e indevassável próprio e natural de cada ser humano

¹¹⁵ VIDE, C. R. **Derecho de la Persona**. Barcelona: J. M. Bosch, 1998, pp. 140-141.

¹¹⁶ Expressão empregada para referir-se ao conjunto de informações abarcadas pela esfera de privacidade.

¹¹⁷ Cf. Ibidem, p. 140-141.

¹¹⁸ Apud MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 6. ed., 1999, p. 55.

¹¹⁹ Apud MORAIS, Alexandre. Op. cit. nota 118 supra. p. 80

representando, portanto, esfera marcante da identidade pessoal que repele normatização e regras objetivas, sobre tudo de ingerência¹²⁰.

A distinção apontada anteriormente, tendo por base o vigor doutrinário de CANOTILHO, é de capital importância, pois é preciso ressaltar que a proteção dos direitos fundamentais da privacidade e da intimidade (ou apenas direito da privacidade em sentido lato), expressos em certo sentido como liberdade de informação ou privacidade, não pode ser, como adverte Tercio Sampaio Ferraz Junior, de conteúdo meramente negativo, no sentido de o indivíduo “não poder ser coagido legalmente”, sob pena de tornar-se um conceito vazio, se tomado em si mesmo¹²¹.

Com base na teoria constitucional de Jellinek¹²², em sua obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, a posição do indivíduo perante o Estado é dada pelo seu *status*, qual seja, o de membro ou cidadão. Se a liberdade de um indivíduo adstringe-se a ações constitucionalmente irrelevantes ao Estado, traduzindo-se numa “expectativa protegida de omissão e tolerância [...], a expressão liberdade não fornece nenhum padrão ou medida que o indivíduo esteja legitimado a opor ao Estado ou a outro indivíduo ou à sociedade”¹²³. Portanto, a fim de evitar que se crie uma vacuidade no conteúdo do direito à liberdade (informação, privacidade), o enfrentamento do problema considera que, sob o prisma estrutural, a “imperatividade das normas tem dois caracteres fundamentais: finalidade e imediatidade”¹²⁴, como se depreende da obra *Übermaß e Verfassungsrecht*, de Lerche¹²⁵.

Se a primeira procura, sensível às flutuações da vontade individual, interferir decisivamente na autodeterminação do indivíduo consoante as determinações legais, a segunda “*lex prima facie valet* – significa o comando autoritário da norma é poder no sentido (weberiano) de chance de obter obediência, independentemente de motivos e interesses dos endereçados”. Trata-se, por conseguinte, de dois mecanismos forjados na dogmática jurídica que permitem ampliar a compreensão de como operam, tanto no plano jurídico-objetivo, quanto no jurídico-subjetivo, os meios de proteção constitucional aos

¹²⁰ Ibidem, p. 80.

¹²¹ Liberdade de Informação e Privacidade ou o Paradoxo da Liberdade. In. AMARAL Jr., A. e PERRONE-MOISÉS, C. (org.), **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 390.

¹²² Ibidem, p. 390.

¹²³ Liberdade de Informação e Privacidade ou o Paradoxo da Liberdade. In. AMARAL Jr., A.; PERRONE-MOISÉS, C. (org.), **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999. p. 390.

¹²⁴ Ibidem, p. 391.

¹²⁵ Ibidem, p. 391.

direitos fundamentais, sem esvaziar a idéia de liberdade de exercício de tais direitos por parte de seus destinatários. Coerção estatal e liberdade individual são conceitos que subjazem paralelamente aos direitos fundamentais resguardados pela Lei Magna, abstratamente tomados.

É sabido, por outro lado, que a proteção constitucional a um direito fundamental não apenas o reveste de cogência em seio social, como também afasta a validade e, portanto, a eficácia de quaisquer disposições legais em contrário, dado o estatuto hierarquicamente privilegiado que a norma constitucional goza na estrutura do ordenamento jurídico. Porém, o efeito imperativo é apenas um dos efeitos possíveis¹²⁶, e as influências na autodeterminação individual continuam sendo uma forma de restrição ao próprio ser humano.

Permanece, pois, o problema da liberdade a ser preenchido materialmente, isto é, como entender a liberdade de informação, por exemplo, diante dos lindes impostos pelo direito da privacidade. A questão, sem dúvida, extrapola o objeto da presente dissertação, sobretudo se forem consideradas as diversas explicações e celeumas em campo filosófico que o problema da liberdade sói suscitar.

Nesse sentido, pertinente é a própria conclusão de Tércio Sampaio Ferraz Junior, a ser entendida como um saudável desafio:

O encaminhamento teórico (e prático) desta questão é, sem dúvida, um dos grandes desafios que se põem à garantia e à afirmação da liberdade como um dos pilares dos direitos fundamentais, no limiar do séc. XXI¹²⁷

Hanna Arendt¹²⁸, em sua contribuição reflexiva sobre os direitos humanos, toma como ponto de partida sua análise sobre a distinção entre o público e o privado, “para o exame da possível antinomia entre o direito à intimidade – que ela afirma como um direito privado essencial – e o direito à informação – que é uma das condições para o adequado exercício do direito de associação, por ela considerado um direito público por excelência”. Eis que surge uma possível resposta auspiciosa à necessidade teórica anteriormente apresentada.

¹²⁶ Ibidem, p. 392-393.

¹²⁷ Liberdade de Informação e Privacidade ou o Paradoxo da Liberdade. In. AMARAL Jr., A.; PERRONE-MOISÉS, C. (org.), **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999. p. 392-393.

¹²⁸ LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras. 1999, p. 242.

A partir de sua análise hermenêutica da dominação totalitária, a autora identifica o público ao comum e ao visível no âmbito da *vida activa*¹²⁹. Na tradição filosófica, somente o próprio filósofo tem auto-suficiência epistemológica, pois apenas ele tem acesso ao mundo do ser, devendo “governar desconsiderando o mundo das aparências, cujas particularidades e contingências são apenas manifestação do universal”¹³⁰, estando isento da obrigação de considerar a opinião dos governados.

[...] trata-se, para empregar a terminologia kantiana, de um juízo determinante: aplica-se uma regra universal de entendimento a um caso particular, pois o particular está contido no geral. Não é isso o que Hannah Arendt pretende, na sua crítica à tradição, ao afirmar a condição humana de pluralidade e diversidade. [...]. Em *The Human Condition*, Hannah Arendt aponta que tudo o que é preciso aparecer, e nada pode aparecer sem uma forma própria. Todas as coisas transcendem a sua instrumentalidade, e esta transcendência corresponde ao seu aparecimento em público, ao fato de serem vistas num mundo comum, compartilhado por existências humanas.¹³¹

3.4.2.3 Do Direito à Inviolabilidade de Correspondência

O texto constitucional, à luz dos acontecimentos históricos que precederam a promulgação da Carta Política de 1988, procurou açambarcar as diversas garantias individuais do cidadão, salvaguardando o direito ao sigilo de correspondência.

Dotada de matizes eminentemente políticos, a proteção ao sigilo de correspondência, corporificada no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é uma das maneiras de se resguardar a esfera íntima do indivíduo e de se assegurar a liberdade de pensamento e sua transmissão¹³².

¹²⁹ Ibidem, p. 245. “Daí a desolação alienante do totalitarismo, que tem como uma das suas características não a politização da sociedade, mas a destruição da esfera pública e a eliminação da esfera privada”. Mais ainda, a experiência totalitária reveste-se de uma burocracia empedernida e enrijecida pela radicalização das ideologias políticas, transformando tudo em segredo. Para Arendt, “o poder começa onde o segredo começa”, diluindo-se as esferas então claras de visibilidade e invisibilidade e levando às últimas conseqüências o Panopticon de Bentham, tal como analisado por Foucault, observa Lafer.

¹³⁰ Ibidem, p. 252-253

¹³¹ LAFER, Celso. Op. cit. nota 118 supra p. 242. “A própria metáfora das luzes, como observa Bobbio, realça o contraste entre as virtudes do poder visível e o obscurantismo do poder invisível, o que em Kant está vinculado ao uso público da própria razão – o *sapere aude* – que exige a publicidade como condição da liberdade de opinião e de expressão, e destarte, como já foi apontado, o direito à informação”.

¹³² Cf. FERREIRA, W. J. **Direitos e Garantias Individuais**. São Paulo: EDIPRO, 1997, p.191.

Não obstante essa preocupação dos constitucionalistas contemporâneos à luz do período ditatorial brasileiro, a proteção do conteúdo das correspondências já aparecera até mesmo na Constituição Imperial de 1824, assim como na Constituição de 1891. No texto constitucional vigente, o sigilo de correspondência se refere às comunicações pessoais, conforme advertem Luiz Alberto David ARAÚJO e Vital Serrano NUNES JUNIOR¹³³, nas quais não se incluem *in linea di massima* as correspondências eletrônicas corporativas.

De certa forma, a proteção ao sigilo de correspondência, reputada inviolável nos termos da Constituição Federal, é um dos aspectos da tutela ao direito à intimidade, de um lado, e uma garantia de liberdade de pensamento, de outro, uma vez que o segredo assegura a inexistência de interferências externas nessas formas de comunicação, que podem ser postais, telefônicas, telegráficas ou de dados, incluídos aqueles processados pela via informática.

Além das exceções previstas na Lei nº 9296/96, admite-se uma restrição à inviolabilidade das correspondências, no art. 136, parágrafo 1º, alíneas *b* e *c*, e art. 139, inciso III, da Lei Magna, que prevêm as hipóteses excepcionais de vigência do estado de defesa e do estado de sítio.

Cumpra, ainda, salientar que conforme disposto no art. 21, X, da Constituição Federal compete exclusivamente a União à manutenção do serviço postal e correio aéreo nacional.

Dessa feita questiona-se a mensagem eletrônica (*e-mail*) dever ser considerado como um serviço postal e, de conseqüência deverá ser garantida sua inviolabilidade, nessa hipótese se fechada ou aberta? Comercial ou pessoal? Equipara-se ao cartão postal? É apenas um modo de correspondência eletrônica que trafega por meios próprios, sem a tutela do serviço postal garantido constitucionalmente? E mais, se considerado o direito protegido – inviolabilidade de correspondência, o direito à propriedade garante à violação de tal direito?

É curioso o alerta que os referidos autores¹³⁴ fazem com relação à correspondência epistolar, por exemplo. Parte de sua irrefragável inviolabilidade advém do fato de ser o remetente proprietário inicial da carta, e o destinatário, proprietário final, a partir do momento em que a recebe. Hoje em dia, a correspondência eletrônica, como é de

¹³³ **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 87.

¹³⁴ Cf. ARAÚJO, L. A.D.; NUNES JUNIOR, V. S. Op. cit., nota 123 supra. p. 88.

cedição conhecimento, não opera pela mesma sistemática, uma vez que o empregado que a recebe no computador da empresa não é proprietário dos meios físicos (o *hardware* do computador) que lhe permitem ter acesso ao conteúdo da mensagem.

Margareth de Freitas Bacellar¹²⁵ entende que além da permissão constante no direito de propriedade, o monitoramento de *e-mail* se faz necessário para a efetiva proteção do patrimônio do empregador, de maneira a impedir a divulgação de informações confidenciais, assim como o mau uso dos equipamentos colocados à disposição do empregado, gerando lesões de grande monta, com a destruição de arquivos, ferramentas, através de vírus, *spams* entre outros.

Outro fundamento é o controle exercido pelos empregadores quanto ao uso de equipamentos, veículos, monitoramento de uso de telefone, revistas, câmeras, os quais tem a mesma origem do monitoramento de *e-mail*, o poder diretivo no comando da atividade que organiza, comanda e assume o risco.

Para João Orestes Dalazem o *e-mail* corporativo

em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi dado pela empresa para a utilização estritamente em serviço, é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa ... é um instrumento de trabalho, que o empregador confia ao empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais logo, não pode ser equiparado à correspondência de natureza pessoal e de consequência estendida ao *e-mail* corporativo a inviolabilidade das correspondências postais e telefônica.¹³⁶

Antonio Silveira Neto e Mário Antônio Lobato de Paiva apontam que os defensores da tese da permissão legal para o monitoramento se atém a quatro argumentos: 1 – que toda a estrutura de utilização do *e-mail* pertence à empresa, sendo os dados de sua propriedade; 2 – que o Poder de Direção do empregador, consubstanciado no direito de organização, controle e disciplina, admite a interceptação das mensagens; 3 – sendo a companhia responsável pelo atos de seus funcionários (art. 932, III, do Código Civil) é legítima a fiscalização e leitura das mensagens que circulam na rede de computadores do empregador; 4 – o *e-mail* não guarda qualquer privacidade porque pode ser lido por qualquer administrador do provedor onde transitou a mensagem¹³⁷.

¹³⁶ In Jornal do Advogado. OAB/SP. Ano XXXI. nº 299. Outubro de 2005. p. 10.

¹³⁷ Apud SILVEIRA NETO, Antônio. PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A privacidade do trabalhador no meio informático. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_eletronico>. Acesso em: 10 jan. 2008.

Por outro lado, acrescentam referidos autores, defendendo a idéia de privacidade ao exemplificar situações corriqueiras no ambiente dos estabelecimentos empresariais como o uso do banheiro e do telefone: “O fato é que o direito de propriedade, deve ceder a garantia da privacidade das comunicações que, embora não absoluta, só pode ser relativizada por meio de ordem judicial.”¹³⁸

Para eles o poder de direção não pode justificar o desrespeito à privacidade do trabalhador, posto que caracterizar-se-ia abuso de poder; que o monitoramento do *e-mail* impede o exercício de liberdade de expressão; que conquanto a empresa responda pelos atos de seus funcionários perante terceiros tal fato por si só não tem o condão de permitir a invasão a privacidade dos empregados, até porque existem meios tecnológicos menos invasivos; por fim que quanto ao argumento de que o administrador do sistema pode ter acesso ao conteúdo do *e-mail* e, conseqüentemente, não há comunicação privada tal fato autoriza o desrespeito a garantia constitucional de inviolabilidade de correspondência¹³⁹.

Afirmam ainda, tais autores, que podemos dividir as condutas do monitoramento da seguinte forma: 1) observação dos sites por onde trafegam os empregados; 2) controle sobre o conteúdo das correspondências eletrônicas recebidas pelo trabalhador, insurgido-se apenas contra o acesso ao conteúdo, não excluindo a possibilidade da empresa com base no poder de direção não fixar regras e vedações para utilização da correspondência eletrônica¹⁴⁰

Para Jorge SOUTO MAIOR “A subordinação e o direito de propriedade do empregador sobre os meios de produção não geram a negação ao empregado dos direitos que advém da condição humana”¹⁴¹ acrescentando também que:

Por trás da postura do empregador de defender seu ‘direito’ de ver as mensagens enviadas e recebidas por seu empregado, na verdade, está embutida uma nova forma de controle, para potencializar o estado de sujeição do empregado”, prossegue defendendo que o importante juridicamente não é o conteúdo das mensagens, mas sim a utilização do computador pelo empregado para fins não próprios ao trabalho, ou seja, quando essa utilização efetivamente interferir de forma prejudicial na execução das tarefas assumidas contratualmente pelo empregado perante o empregador.”¹⁴²

Conquanto a matéria não esteja sedimentada, parece evidente que o preceito constitucional do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal não encontra aplicabilidade à

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Mesma referência da nota 128 supra.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ In Jornal do Advogado. OAB/SP. Ano XXXI. nº 299. Outubro de 2.005.p. 11.

¹⁴² Ibidem.

questão das correspondências eletrônicas, no ambiente de trabalho, configurando-se, assim, a violação da correspondência epistolar e o monitoramento das mensagens eletrônicas duas situações completamente diferentes sob o prisma jurídico, as quais nem sequer se encontram exatamente sob a égide dos mesmos preceitos constitucionais.

4 A NOVA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Hoje, a humanidade, atônita, se vê diante da incrível velocidade das mudanças. A primeira (Revolução Agrícola) levou um pouco mais de 9.000 anos; a segunda (Revolução Industrial) cerca de três séculos e agora pouco mais de 45 anos. Estamos frente a uma nova mudança, tão profunda, que arriscamos afirmar que nos encontramos diante de uma nova civilização. A civilização da Revolução Digital, tendo a América do Norte como o palco principal deste novo período, chamado, por muitos, de Sociedade Pós-Industrial. É importante frisar que estas três revoluções se caracterizaram, principalmente, por estarem embasadas num sistema distinto de geração de riquezas. Mas todas, indistintamente, produziram efeitos e conseqüências que interferiram de forma marcante, causando mudanças nos diferentes sistemas político, social, cultural, filosófico, jurídico, ético e institucionais, entre outros, como veremos a seguir.¹⁴³

4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Tecnologia, nas palavras de Harvey Brooks e Daniel Bell é “o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira reproduzível.”¹⁴⁴

A intelectualidade humana, desde os primórdios originou milhões de instrumentos e ferramentas que possibilitaram o desenvolvimento e estágio atual de nossas civilizações. O uso da tecnologia, assim, permeou-se pelas mais diversas searas da atividade humana forjando, conforme mencionado acima, em dados momentos históricos, verdadeiras “revoluções” cujas transformações sócio-político-econômicas marcaram sobremaneira etapas das sociedades.

No contexto deste Trabalho, interessa-nos a Revolução informática, originada a partir da década de quarenta¹⁴⁵, durante a Segunda Grande Guerra e no período que a

¹⁴³ MELLO, Marco Antônio Machado Ferreira de. **A Tecnologia, Direito e a Solidariedade em Direito, Sociedade e Informática - Limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 22-23.

¹⁴⁴ BELL, Daniel. **The Coming of Post-industrial Society: A Venture in Social Forecasting**. 2. ed. Nova York: Basic Books, 1976, p. 29. BROOKS, Harvey. Extraída da palestra proferida em Amherst, em 9 de maio de 1971, intitulada “*Technology and the ecological crisis*”. Apud. CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 49.

sucedeu. O primeiro computador programável¹⁴⁶ e o transistor (também conhecidos como semicondutores e modernamente *chips*)¹⁴⁷ destacam-se nessa etapa evolutiva. Os transistores foram disseminados para utilização em larga escala, sobretudo em razão de um novo material em sua composição: o silício (proveniente da areia).

No ano de 1957, Jack Kilby, engenheiro da Texas Instruments, em parceria com Bob Noyce, cria o *circuito integrado*, o que gerou uma queda no preço dos semicondutores até então utilizados, pois esse novo equipamento tinha uma produtividade maior e um design mais arrojado, moderno. Na década seguinte esse movimento tecnológico, cada vez mais ampliado em diversos setores da sociedade, ganha dimensão, forjando-se dispositivos cada vez mais rápidos e potentes.

Em 1971, o *microprocessador*, inventado por Ted Hoff, da empresa Intel, possibilitava armazenar dados de um computador em um *chip*, casou grande perplexidade e perspectiva no mundo, iniciando, da mesma forma, verdadeira disputa tecnológica no afã de desenvolver-se partículas menores e cada vez mais capazes de integralizar um maior número de circuitos contidos em apenas um chip. Quatro anos mais tarde, Ed Roberts, em Albuquerque (Novo México, EUA), inventa uma “caixa de computação” nomeada de ALTAIR, inspirado em um programa da séria televisiva Jornada nas Estrelas, adorado pela sua filha. Apesar de constituir-se como um objeto primitivo, a máquina era considerada um computador de pequena escala dotada de um microprocessador. Serviu de base, posteriormente, para o *design* do APPLE I e, do APPLE II, este último primeiro com considerável sucesso comercial, idealizado pelos jovens Steve Wozniak e Steve Jobs, na garagem da casa de seus pais em Menlo Park, Vale do Silício, Califórnia, EUA, impulsionando essa região ao patamar mundialmente conhecido hoje.

¹⁴⁵ Vale dizer que, antes mesmo da década referida invenções científicas e industriais com base em microeletrônica são encontradas.

¹⁴⁶ Desenvolvido em 1946 por Mauchly e Eckert na Universidade da Pensilvânia, Filadélfia, EUA, denominado ENIAC, pesava quase 30 toneladas, construído sobre estruturas metálicas de 2,75 m de altura, tinha 70 mil resistores e 18 mil válvulas a Vácuo e ocupava a área de um ginásio esportivo. A primeira máquina comercializável era chamada de UNIVAC-1, desenvolvida em 1951, pelos mesmo inventores de sua antecessora. Anos mais tarde a empresa IBM entrou na disputa tecnológica criando novos computadores, bem como o Massachusetts Institute of Technology (MIT), seguido por outras universidades e instituições de caráter civil ou militar, revelando uma verdadeira corrida tecnológica.

¹⁴⁷ Fonte da microeletrônica – criado em 1947 por Bardeen, Brattain e Shockley, da empresa Bell Laboratories, Murray Hill, New Jersey, EUA). Trata-se de um dispositivo que permite o processamento de impulsos elétricos em velocidade rápida, no modo binário de interrupção e amplificação, possibilitando a codificação da lógica e da comunicação entre computadores. A capacidade de um *chip* é avaliada com base em três aspectos: sua *capacidade de integração*; indicada pela menor largura das linhas de condução no interior desse dispositivo e medida em *microns* (1 *mícron* = a milionésima parte de uma polegada); sua *capacidade de memória*, medida em *bytes* (*kbytes* – milhares - e *megabytes* – milhões); e a *capacidade de processar*, definida em *megahertz*

Paralelo a tais inovações, todas elas voltadas quase que exclusivamente aos equipamentos e dispositivos materiais (*hardware*), fez necessário o desenvolvimento de novos sistemas operacionais e *softwares* para o funcionamento desses computadores. Em 1976, Bill Gates e Paul Allen, então estudantes da celebrada Universidade americana Harvard, adaptaram o programa BASIC para operar o computador Altair. Com o potencial daquele invento, fundam a MICROSOFT, que anos mais tarde consolida-se no mercador de computação, transformando no gigante empresarial notoriamente conhecido no dias de hoje.

Anos mais tarde novas empresas aceleraram suas pesquisas com a finalidade de acompanhar essas inovações tecnológicas. Aqui merece realce especial o advento, pela IBM, do *Computador Pessoal* (PC), nome que, inclusive, passou a ser adotado para designar microcomputadores. Em 1984, a APPLE cria um computador de *fácil utilização*, baseado em tecnologia que utilizava-se de ícones e interfaces com o usuário, seu nome era MACINTOSH.

Na década de noventa aos dias atuais, cotidianamente novas máquinas cada vez mais poderosas e diminutas são lançadas comercialmente, tornando-se quase impossível a missão daquele que pretende. Podem, sem dúvida foi a ampliação do uso inacreditável da *Internet* que impulsionou, sem precedentes, as formas de utilização e acesso nesse novo ambiente informático-virtual.

A repercussão nas últimas décadas do avanço de novas tecnologias no campo da informática acarreta efeitos positivos e negativos sobre a sociedade. Conforme salientam alguns autores como Marcelo Oliveira Rocha ¹⁴⁸, sempre existiu nas mais diferentes sociedades uma preocupação com os meios de comunicação. Hoje em dia, com a importância cada vez maior conferida à linguagem e à comunicação em geral, a rede mundial de computadores e todas as tecnologias, cada vez mais sofisticadas, disponíveis acentuam o grau de interatividade num plano interpessoal e mesmo entre diferentes países.

Porém, há que se notar que as informações rapidamente difusas no mundo expõem com maior contundência as discrepâncias sócio-econômicas e desafiam a capacidade legislativa dos Estados em regular por meio de normas precisas as questões pertinentes ao universo da informática. Segundo Mário Antonio Lobato Paiva ¹⁴⁹, as

¹⁴⁸ ROCHA, M. O. **Direito do Trabalho e Internet**. Aspectos das Novas Tendências das Relações de Trabalho na “Era Informatizada”. São Paulo: EUD, 2005, p. 182.

¹⁴⁹ A informatização da demissão encontra-se disponível em <<http://www.netcitie.com.br/advocacia/>>.

modificações verificadas nesta seara não são devidamente reguladas pelo Direito, a exemplo da “falta de capacidade legislativa dos Estados que não conseguem elaborar leis para regulamentação do cyberspace a tempo de coibir abusos”.

De fato, impende reconhecer que a celeridade na difusão de informações e a inventividade ínsita às ferramentas de operação deste universo virtual expõem a fragilidade das sociedades em solucionar os problemas sociais que se lhe apresentam e, mais especificamente, a imperícia dos mecanismos jurídicos em regular as atividades desenvolvidas por meio do computador, assim como os recentes ilícitos, na esfera penal ou em outra seara jurídica, que se verificam nas telas de navegação, no mau uso de mensagens eletrônicas ou por outros mecanismos descobertos pelo avanço tecnológico.

É fato que o uso corrente e cada vez mais presente do computador na vida pessoal e profissional das pessoas vem lançando desafios aos juristas contemporâneos, coarctando-os, primeiro, a se lançarem num esforço de compreensão desses novos fenômenos virtuais e, segundo, a pensarem mecanismos, minimamente céleres e eficazes, para cumprirem uma das tarefas principais do Direito, a de regulamentar os fenômenos sociais, por meio de normas balizadoras da atividade informática e de normas que prevejam sanção para qualquer emprego de mensagens eletrônicas e das demais ferramentas de mesma natureza que fira os valores protegidos (na esfera constitucional e infra-constitucional) pelo ordenamento jurídico.

4.2 ORIGEM DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES E DO CORREIO ELETRÔNICO

Em meados do século passado, mais precisamente na década de sessenta, no contexto da Guerra Fria, com objetivos iniciais estritamente militares, portanto, de caráter sigiloso, a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos desenvolveu a *ARPAnet* (*Advanced Research Projects*

Agency, ou Agência Avançada de Desenvolvimento de Projetos)¹⁵⁰ *nome originário da Internet*).

O objetivo inicial da *ARPAnet* era possibilitar a criação de um sistema de comunicação instantânea e imune a um ataque nuclear, eis que tratava-se de uma rede eletrônica de transmissão de dados e informações entre computadores, a qual, conforme proposta de seus inventores, não poderia ser controlada por um único centro, e sim por milhares de outras redes com conexões distintas (perspectiva), o que impossibilitaria uma ataque preciso por parte de um inimigo versátil e hostil, no caso a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.)¹⁵¹.

Em 1969 a *ARPAnet* era composta por apenas quatro computadores “*host*”¹⁵²: SRI *International*, Universidade de Los Angeles, Universidade de Santa Bárbara e Universidade de Utah¹⁵³.

Na década de 1970, universidades e outras instituições, normalmente de origem militar, obtiveram permissão para se conectar à *ARPAnet*, propiciando seu crescimento¹⁵⁴. Em Dezembro de 1970, o *Network Working Group* (NWG) desenvolveu o primeiro *Protocolo Host-to-host* (denominado *Network Control Protocol – NCP*), que permitia aos usuários da rede o desenvolvimento de aplicações para a mesma. Nas palavras de Gustavo Testa CORRÊA o Protocolo é “uma designação formal dos formatos de mensagens e de regras de dois computadores que precisam ser seguidos para que possa haver troca de mensagens.”¹⁵⁵ Portanto, o protocolo tem a finalidade de permitir a comunicação entre dois computadores distintos.

¹⁵⁰ LYNCH, Daniel C. **Dinheiro Digital: o comércio na Internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 4.

¹⁵¹ CASTELLS, Manuel. *Op. cit.* nota 134 supra. p. 375.

¹⁵² *Host*, do inglês, significa hospedeiro. Em informática, o termo é aplicado ao computador central de uma rede, aquele que “hospeda” os *sites* e dá acesso aos outros computadores da rede.

¹⁵³ Obviamente, para que a rede criada pudesse acompanhar o crescimento do volume de comunicação ambicionada.

¹⁵⁴ Alguns estudiosos defendem a idéia de que a inovação contra-cultural, o ambiente contestador e libertário advindo das instituições universitárias americanas as quais participaram do estágio inicial da Internet, contribuiu em muito para o seu desenvolvimento re-estruturando a sua concepção aos moldes conhecidos atualmente. O *modem* [...], por exemplo, foi uma descoberta tecnológica dos estudantes Ward Christensen e Randy Suess, em 1978, ao tentarem criar um sistema para transferir programas de um computador a outro via telefone. No ano seguinte, esses inventores difundiram o *Xmodem*, permitindo que computadores transmitissem entre si arquivos diferentes sem passar por um sistema central. Tal tecnologia foi difundida sem custo algum, pois o ideal libertário estava inserido exatamente aí: espalhar as novas possibilidades de comunicação ao maior número de pessoas possível, o caráter capitalista, o objetivo empresarial visando o lucro, não encontrava espaço fértil na mente de muitos desses jovens idealizadores (ver CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Coleção A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Ed. Paz e Terra. 2. ed. 1999, p 379.

¹⁵⁵ **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000 p. 40.

Em 1972, realizou-se a primeira demonstração pública da *ARPAnet*, na Conferência Internacional de Comunicação entre Computadores (ICCC). Também naquele ano, o correio eletrônico, mais comumente conhecido por *e-mail*, foi desenvolvido¹⁵⁶.

Apesar do desenvolvimento do *NPC* e dos recursos possibilitados por ele, com o crescimento da *ARPAnet* este protocolo tornou-se obsoleto e fez-se necessária a criação de um novo protocolo, o TCP/IP (*Transmission Control Protocol / Internet Protocol*). A novidade desse instrumento eletrônico, é que este proporciona confiabilidade, sem dúvida a principal dificuldade enfrentada pelo protocolo anterior.

A comunicação entre computadores, assim, é realizada da seguinte forma: os dados a serem enviados por meio da rede são divididos em “pacotes” menores de informação, de modo que cada “pacote” tem a informação do computador de origem e do computador de destino, bem como a sua organização dentre todos os “pacotes”, para que a informação esteja ordenada no computador de destino, e se torne inteligível. A diferença entre os dois protocolos é a seguinte: enquanto no *NPC*, caso algum dos pacotes se perdesse no caminho, o protocolo paralisava todo o processo, tornando-se necessário seu reinício. Com o protocolo TCP/IP, ocorria diferentemente: os pacotes são enviados de um computador a outro até alcançarem o destino e, caso algum deles se perca, o emissor original o reenvia, corrigindo o erro do protocolo anterior. Além disso, o protocolo TCP/IP, que é utilizado até hoje, permitia o crescimento quase ilimitado da rede.

A *ARPAnet*, conforme dito acima, estava aberta tanto aos meios acadêmicos quanto aos militares, e seus integrantes começaram a utilizá-la para todos os tipos de comunicação, fez-se necessária, de tal sorte, uma divisão entre a *ARPAnet* (dedicada ao uso acadêmico) e a MILNET (dedicada aos objetivos militares), o que ocorreu em 1983. Ainda nos anos 80, a Fundação Nacional da Ciência criou outra rede científica, a CSNET e, com a cooperação da IBM, foi criada ainda uma rede para estudos não-científicos, a BITNET. Todas estas redes tinham em comum o fato de dependerem da *ARPAnet* original como sistema de comunicação, ou seja, esta se tornou uma espécie de rede das redes, que foi chamada de ARPA-INTERNET e, mais tarde, apenas *Internet*.

¹⁵⁶ **A Brief History of the Internet.** Disponível em: <<http://www.isoc.org/internet-history/brief.html>>.

Atualmente, a *World Wide Web* (www - Rede de Alcance Mundial) praticamente centraliza as atenções do ambiente virtual, permitindo a convivência, nem sempre pacífica, de interesses e aspirações sociais, culturais, políticas, econômica e militares, de um mundo globalizado representado, nesse meio tecnológico em *sites* (sítios) e provedores de acesso, formadores de milhares de redes cujos participantes são empresas, instituições, governos, associações, pessoas físicas, etc.

No Brasil, os primeiros acessos à *Internet* ocorreram em 1988, no Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC, no Rio de Janeiro) e na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). Na verdade, não eram conexões diretas à *Internet*, mas à BITNET. Em 1989, a *Internet* começava a sair do âmbito acadêmico no Brasil, com a iniciativa pioneira do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), ao criar o BBS Alternex, que possibilitava a troca de e-mails e grupos de discussão conectados à *Internet*.

A primeira conexão real à *Internet* no Brasil ocorreu em 1991, através da Fapesp, mas só em 1994 os primeiros servidores *World Wide Web* (WWW)¹⁵⁷ entraram em funcionamento. Apesar deste relativo atraso na abertura da *Internet* para o público não-acadêmico, já no final de 1995 eram 120.000 usuários brasileiros¹⁵⁸, número que cresceu até 7.675.000 de usuários em fins de 1999¹⁵⁹, denotando um crescimento de 6.395% em 04 anos. Atualmente, esse número atinge a dezena de milhões, consolidando a inclusive em termos econômicos.

A *Internet*, com sua estrutura e tecnologia, apesar de ser relativamente anárquica, pois não se submete à regime jurídico-político algum, envolve toda uma sociedade global. As estimativas indicam que no ano de 2010 serão 600.000.000 de usuários em todo o planeta, o que deverá representar algo em torno de 8% da população mundial¹⁶⁰.

¹⁵⁷ A primeira conexão real à *Internet* no Brasil ocorreu em 1991, através da Fapesp, mas só em 1994 os primeiros servidores *World Wide Web* (WWW)¹⁴⁷¹⁶⁰ entraram em funcionamento. Apesar deste relativo atraso na abertura da *Internet* para o público a *World Wide Web* tornou mais fácil o uso da *Internet*, do ponto de vista da *interface* com o usuário. Consiste em arquivos e diretórios espalhados pela *Internet*, interligados por *links* de hipertexto (palavras-chave dispostas em um *site* e redirecionam o navegador para outros *sites*, que podem estar em qualquer outro computador da rede).

¹⁵⁸ ERCÍLIA, Maria. **A Internet** – Coleção A Folha Explica. São Paulo: Publifolha, 2000.

¹⁵⁹ Dados do Instituto Datafolha.

¹⁶⁰ CORRÊA, Gustavo Testa. Op. cit. nota 145 supra.

No presente estudo, devemos considerar a *Internet* não apenas como uma rede integrada de computadores, mas como um instrumento de coesão e integração social. José Henrique Barbosa Neto¹⁶¹ considera, inclusive, que a *Internet* levou à criação de uma nova sociedade:

A Internet propiciou o surgimento de uma nova sociedade, uma sociedade ao mesmo tempo virtual e global. Essa sociedade, formada de estratos culturais heterogêneos, tornou possível o aparecimento do denominado ‘mundo virtual’ ou ‘ciberespaço’.

Em 1996, a *Internet* já tinha cerca de 40.000.000 de usuários, sendo que destes, 160.000 eram brasileiros¹⁶². De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha¹⁶³, em fins de 1999 eram 220.045.000 de usuários na *Internet* somente nos 15 países que têm maior número de usuários, o que representa algo em torno de 3,6 % da população mundial. Somente no Brasil, no final de 1999, havia cerca de 7.675.000 usuários.

Economicamente, a importância da *Internet* também vem crescendo de maneira acelerada. Em 1997, somente nos Estados Unidos da América, o comércio feito por meio da *Internet* foi valorado em torno de US\$ 2.108.000.000,00. Em apenas dois anos, este número cresceu para US\$ 271.200.000.000,00¹⁶⁴. Ou seja: se em 1997 os norte-americanos gastaram o equivalente ao PIB do Paraguai, em 1999 foi gasto o equivalente a um quinto do PIB brasileiro, o que demonstra a velocidade com que o comércio *on line* vem crescendo e a importância econômica da *Internet*.

No entanto, a *Internet* não tem sido utilizada apenas para os fins para os quais originalmente foi criada, quer dizer, principalmente ao final da década de 1980, com a abertura de seu uso ao público em geral, ampliaram-se também suas possibilidades, que não mais seriam restritas ao âmbito acadêmico, cultural ou militar. Desta sorte, ao mesmo tempo em que surgiram novas possibilidades de uso pacífico deste meio, também se criaram meios de deturpação de seu uso. Neste sentido, por exemplo, temos a utilização da *Internet* para o extravio de cartões de crédito, o extravio de informações confidenciais de empresas e mesmo

¹⁶¹ CORRÊA, Gustavo Testa. Op. cit. nota 145 supra.

¹⁶² Fonte: MORON, Fernanda de Almeida. **A Internet e o Direito**. Disponível em: <www.juridica.com.br/Apres_Artigo.asp?CodArtigo=23> Acesso em: 12 nov. 2000

¹⁶³ ERCÍLIA, Op. cit. nota 148 supra.

¹⁶⁴ **Nua internet surveys**. Disponível em: <www.nua.ie> Acesso em: 09/10/2000

governamentais, a disseminação de mensagens racistas por meio de *home pages*, dentre outras condutas gravosas à sociedade.

4.3 FERRAMENTAS DO SISTEMA ELETRÔNICO

Diante da multiplicidade de ferramentas ora existente no ambiente eletrônico, bem como considerando a feroz velocidade de mudanças diárias onde novos instrumentos são corriqueiramente oferecidos aos usuários destacamos, a seguir, com o intuito de nortear o leitor apenas as ferramentas consideradas importante ao tema ora proposto.

EMAIL

E-mail é a abreviatura de *eletronic mail*, correspondência eletrônica é um instrumento que permite compor, enviar e receber mensagens através de sistemas eletrônicos de comunicação.

O surgimento do email é atribuído a Roy Tomlison, em 1971, através de comunicação entre dois computadores, situados em quartos contíguos em Cambridge, Massachussets, o qual utilizou-se de um símbolo de pouco uso e que não se confundiria com outras instruções - @ - arroba, o qual em inglês significa-se AT (em tal lugar), os dados que se localizam à esquerda do @ se prestam a identificar o usuário e os localizados à direita do @ o domínio, identificador do computador que o usuário tem acesso.

O correio eletrônico nada mais é que uma forma de envio de mensagens à distância, aí incluído textos, sons, imagens entre computadores (dois ou mais) através do sistema mundial de rede. Atualmente é um método utilizado não só por empresas, através dos

denominados emails corporativos, como também no ambiente doméstico, face seu ao baixo custo, eficiência, confiabilidade e velocidade.

E-mail corporativo não é um serviço de correio particular, mas sim uma ferramenta de trabalho que tem o objetivo de facilitar e agilizar trocas de mensagens profissionais entre os funcionários da empresa e entre estes mesmos funcionários e usuários internet de fora da companhia, mas tudo focado única e exclusivamente no serviço.

A discussão nasce a partir do questionamento de se o email pode ou não ser equiparado à correspondência garantida constitucionalmente no art. 5º, XII.

INTERNET

A *Internet* é um conglomerado de redes em escala mundial de milhões de computadores interligados pelo Protocolo de Internet (IP) ou suas subseqüentes extensões; é capaz de suportar comunicações usando o Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP) ou suas subseqüentes extensões e/ou outros protocolos compatíveis ao IP; provê, usa ou torna acessível, tanto publicamente como privadamente, serviços de mais alto nível produzidos na infra-estrutura descrita, tais como o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados. De acordo com dados de março de 2007, a *Internet* é usada por 16,9% da população mundial (em torno de 1,1 bilhão de pessoas).

INTRANET

A *intranet* é uma rede de computadores, privativa, fechada, que funciona interligando os computadores, de uma mesma empresa, repartição, grupo, instituição, etc. no mesmo espaço físico ou não, utilizando tecnologia da Internet. Como na Internet, a

Intranet também possibilita compartilhar informações, contudo estas estarão protegidas contra usuários externos ou não autorizados, através de dispositivo de segurança, gerando maior segurança posto que não permite ao mundo externo uma conexão direta com uma máquina que use um IP privado.

BANCO DE DADOS

Uma das ferramentas disponibilizadas pela internet é o Banco de Dados, local onde se encontram registros, documentação e armazenamento computadorizado de informações, de baixo custo e que evita o risco de deterioração física dos dados armazenados. O banco de dados é usualmente mantido e acessado por meio de um software denominado de Sistema Gerenciador De Banco De Dados (SGBD).

LIXO ELETRÔNICO

Assim como todos os mecanismos tecnológicos surgidos, o email também trouxe seus entraves, entre eles o lixo eletrônico, o nome dado a resíduos resultantes da rápida obsolescência de equipamentos eletrônicos.

SPAM

Spam são mensagens de email não desejadas e enviadas em massa para múltiplas pessoas por um spammer, agente difundidor dessas mensagens, que normalmente possui códigos maliciosos e vírus diversos.

VIRUS

O sistema eletrônico de correspondência nos trouxe inúmeras vantagens, muitas delas já descritas, contudo, como qualquer inovação tecnológica também está permeada de prejudicialidades, dentre ele os viris.

Os virus possuem a destinação de roubar, destruir, aterar configurações, dados, arquivos, ferramentar sem a anuência do destinatario, sendo importante destacar que o *e-mail* é um excelente veículo de propagação do vírus, sobretudo, através dos arquivos anexados a textos enviados.

SITES

Site ou sítio é o lugar onde estão disponibilizadas informações, por intermédio de um ou mais métodos de obtenção dessa informação, como www. (Word Wide Web) “FTP”, sua pagina inicial, habitualmente, é denominado de “*página da web de site*”, “*home page*”, “pagina inicial”,. Portanto, site nada mais é que uma localidade na internet; que um conjunto de arquivos que formam uma página de Internet.

CHATS

Sistema de "Bate-Papo", conversação em tempo real disponibilizado em Portais na Internet, através de digitação. Vem de "Chatter", inglês, significando conversa rápida e fiada. Daí fazer "chat" ou "chatting", ou seja, conversar nas BBSs, na Internet, via texto, em regra, e online. Diz-se, também, de Conversational Hypertext Access Technology - Tecnologia de Acesso a Hipertexto conversacional.

POP UP

Pop up é uma janela extra que abre no navegador ao visitar uma página ou clicar em um link específico. O *pop up* é utilizada pelos criadores do site para abrir alguma informação extra ou como meio de propaganda. Muito utilizado em empresas para deixar evidente informações, alertas, regras procedimentais e outros.

4.4 SOBRE A REPERCUSSÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO MUNDO DO TRABALHO

De acordo com diversos autores¹⁶⁵, uma das grandes dificuldades presentes quanto à questão do direito eletrônico – e também daquilo que se convencionou chamar “mundo digital” – é a carência de normas regulamentadoras, ainda que haja alguns dispositivos legais sobre a matéria em tela, a exemplo de alguns projetos de lei que versam, entre outros aspectos, sobre a validade da assinatura digital, sobre questões tributárias,

¹⁶⁵ Cf. ROCHA, M. O. Op. cit., nota 138 supra. p. 182. O presente autor faz referência ainda ao artigo de Renato Opice Blum, que também consta da lista de textos consultados na elaboração do presente trabalho.

sobre contratos eletrônicos e a responsabilidade civil dos provedores de acesso à rede e, em âmbito penal, sobre os delitos cometidos por meio do computador, chamados crimes virtuais¹⁶⁶.

Merecem destaque, nos recentes esforços em vencer a lacuna de normas jurídicas voltadas a questões de informática, a Lei do *Software* (Lei nº 9.609/98) e o Projeto de Lei nº 1.589 de 1999, da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo escopo visa principalmente à maior garantia quanto a questões de segurança nos provedores de acesso, o sigilo de cadastro dos usuários¹⁶⁷, entre outras questões relacionadas à esfera contratual e de responsabilidade civil. O projeto também contempla também questões de cunho penal, já que a responsabilidade penal dos gestores desses provedores de acesso não é tema despercebido aos mentores do referido projeto.

Em contrapartida, na esfera do Direito do Trabalho, muitos são os obstáculos a serem superados, a fim de que haja uma melhor compatibilidade entre o fenômeno virtual naquele campo e a devida regulamentação legal. A crescente consolidação do trabalho informal¹⁶⁸ é agravada pela inoperância sindical¹⁶⁹, pelo já referido dismantelamento da legislação trabalhista¹⁷⁰ face ao fenômeno fortemente acentuado da globalização nos dias atuais e, mais especificamente, pelas novas tecnologias da informática, que permitem a execução de atividades laborais em novas modalidades, como a do tele-trabalho, dispensando-se em muitos casos a presença física do trabalhador e de diversas formalidades relacionadas ao contrato de trabalho.

Conforme já abordado em tópico introdutório anterior, as mudanças verificadas nas relações de trabalho são produtos da revolução tecnológica da era digital, tornando arcaicos os modelos tradicionais de emprego¹⁷¹, evidenciando essas novas modalidades de execução laboral, a exemplo do já mencionado tele-trabalho e o *telecommuting*¹⁷² tão comum em outros países como os Estados Unidos.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 183.

¹⁶⁷ Cf. ROCHA, M. O. Op. cit., nota 138 supra. p. 183.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 192. Referência é feita a artigo de Antônio Fernandes Neto, **Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social**. Disponível em <<http://www.sindpd.org.br/opiniao/clt.htm>>.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 192

¹⁷⁰ Ibidem, p. 192. O autor, muito pertinentemente, recorda que em 2001 houve a apresentação de um projeto de lei para alterar o art. 608 da CLT, de modo que a assegurar a prevalência do negociado sobre o legislado, em detrimento das históricas conquistas ligadas ao Direito do Trabalho.

¹⁷¹ Cf. GERHARDT, R. C. Op. cit., nota 23 supra, p. 76.

¹⁷² Ibidem, p. 78.

A competitividade instaurada entre empresas e, mesmo entre os próprios empregados (não mais imbuídos do sentimento de classe, mas de estranhamento uns em relação aos outros) emerge como um fator social que agrava um dos sintomas mais sérios do sistema econômico vigente, o desemprego estrutural¹⁷³, levando à exclusão uma vasta proporção de trabalhadores. Em adendo ao já exposto, há que se constatar, como observa Viana¹⁷⁴, que a quebra das barreiras nacionais, considerada uma necessidade no funcionamento orgânico do sistema de capitalismo financeiro, apenas esmaece ainda mais a capacidade do poder estatal em exercer legisferar sobre matéria trabalhista, sobre as modificações recentes que ela sofreu, e em exercer qualquer tipo de controle para coibir abusos que afrontam as garantias constitucionais aos trabalhadores, hoje imersos numa realidade de crescente flexibilização das relações de trabalho.

Aliás, é pertinente recordar, consoante já asseverado neste trabalho, que o fortalecimento do capital é proporcional ao enfraquecimento do Estado regulador, assim como das polarizações ideológicas, dos empregos e dos salários no mercado de trabalho¹⁷⁵. Sobretudo o Estado se encontra penalizado nesse contexto global, uma vez que lhe subtraíram diversas atribuições, a de grande provedor e a de empregador¹⁷⁶, diante da falência do que se convencionou denominar Estado de bem-estar social.

A necessidade de conciliação entre capital e trabalho (a exemplo da criação das cooperativas de trabalho e da terceirização) seria, portanto, uma conseqüência direta dessas novas tecnologias que modificaram a realidade laboral e atuaria, em certo sentido, como uma saída para que a classe trabalhadora pudesse extrair pelos rendimentos laborais os provimentos indispensáveis à manutenção de uma vida material digna, o que se revela pouco viável, diante dos abismos sociais e dos bolsões de miséria presentes em muitos lugares do mundo.

Com os avanços tecnológicos prementes, gerando a terceirização e a automatização das empresas, muitos são os riscos que ameaçam a gestão do negócio na realidade do capitalismo financeiro, cuja marca indelével é a instabilidade. Portanto, parece imprescindível fomentar a idéia de que o trabalho e o capital, sobretudo após todas as tentativas falhas de emancipação propostas no seio da teoria crítica, não podem mais

¹⁷³ Cf. ROCHA, M. O. Op. cit., nota 138 supra, p. 197.

¹⁷⁴ Cf. ROCHA, M. O. Op. cit., nota 138 supra, p. 197. Referência ao autor Márcio Túlio Viana, cuja obra **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do séc. XXI**, aponta justamente esse fenômeno, que enfraqueceu o poder regulador dos Estados perante a globalização.

¹⁷⁵ Cf. WINTER, V R. L. Op. cit., nota 32 supra, p. 23.

¹⁷⁶ Cf. JARDIM C. C. S. Op. cit., nota 30 supra, p. 25.

pautar-se por uma relação de oposição, mas de conciliação, em que se atendem às garantias constitucionais em benefício do empregado, sem comprometer aquelas destinadas ao empregador e à tutela da atividade de negócios.

Liliana Minardi Paesani ao analisar a questão afirma em que:

Hoje não é o governo que ameaça a privacidade – é o comércio pela Internet. A Web transformou-se num mercado e, nesse processo, fez a privacidade passar de um direito a uma commodity. O poder informático indica não só a possibilidade de acumular informações em quantidade ilimitada sobre a vida de cada indivíduo, isto é, suas condições físicas, mentais, econômicas ou suas opiniões religiosas e políticas, mas também de confrontar, agregar, rejeitar e comunicar informações assim obtidas.¹⁷⁷

Ari Possidonio Beltran entende que não restam dúvidas de que o princípio do respeito à vida privada aplica-se aos dados pessoais transmitidos pela rede Internet. “Mas, como observa a CNIL, a proteção desses dados ‘confronta-se com interesses consideráveis, tecnológicos, comerciais ou industriais’, diz Heymann-Doat¹⁷⁸. Esclarece, ainda Beltran que os traços definidores do Direito do Trabalho, entre eles a personalidade, a onerosidade, a subordinação, o trabalho não eventual, deixam nítida a existência de deveres e obrigações entre as partes, contudo, tais prerrogativas necessitam de limitações de forma a respeitar a dignidade humana e evitando discriminações¹⁷⁹.

Muito longe de ser um retrocesso, trata-se de uma nova via, em que se protege fundamentalmente o trabalho, primeiro, minando a informalidade e, conseqüentemente, o descumprimento das regras de proteção ao trabalhador. Ao mesmo tempo, existe uma preocupação em inserir a economia brasileira no cenário do capitalismo financeiro mundial, para que ela ocupe uma posição, senão seminal, pelo menos não tanto marginal, ao se tutelarem as garantias constitucionais de proteção e função social da propriedade, relacionadas ao empregador, e o efetivo exercício do poder diretivo.

Não faria sentido confundir-se o monitoramento das mensagens eletrônicas, expressão lúdica do controle do empregador sobre as atividades desenvolvidas no ambiente de trabalho, com as diversas formas ilegítimas de violação do sigilo de correspondência, ou mesmo do direito à intimidade e à dignidade, de que gozam os empregados.

¹⁷⁷ Apud BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002, p. 217.

¹⁷⁸ Apud BELTRAN, Ari Possidonio. Op. cit. nota 167 supra. p. 218

¹⁷⁹ Ibidem, p. 229.

Em termos práticos, por conseguinte, o monitoramento das mensagens eletrônicas, entendido como uma expressão dessa necessidade de conciliação entre o capital e o trabalho pela introdução das revolucionárias tecnologias de informação, deve ser posto em um patamar bastante diverso das revistas pessoais vexatórias e da violação das correspondências pessoais, físicas ou eletrônicas. Apesar das possíveis sutilezas relacionadas à presente questão, é imperioso concluir que o monitoramento do correio eletrônico, quer pela sua contextualização na economia global atual, quer pela sua finalidade de efetivação do poder diretivo do empregador, é coberto de legitimidade.

5 MONITORAMENTO DAS MENSAGENS ELETRÔNICAS

Tendo em vista do que já foi exposto, a questão da legitimidade do monitoramento, como expressão própria do controle que o empregador pode exercer sobre a atividade de seus subordinados está, ao nosso entender, em evidente conformidade com a Lei Magna, uma vez que o próprio poder diretivo, previsto em um dos artigos curiais da Consolidação das Leis Trabalhistas não padece de qualquer contrariedade com a Constituição, devendo, contudo, ser observado o princípio da razoabilidade.

No entanto, forçoso reconhecer, desde logo que o tema, não é pacífico, longe de ser superado, aliás, por tratar-se de realidade nova, vozes ainda ecoam em sentido contrário.

Nesse diapasão, com intuito de criamos uma atmosfera necessária à análise dessa matéria, necessária se faz a compreensão de como se processa o monitoramento das mensagens eletrônicas, não somente por um breve apontamento técnico da questão, mas ainda pelo entendimento de seus limites e da maneira como se lida com o problema não apenas no Brasil, mas também em outros países.

O que é o monitoramento das mensagens eletrônicas?

É um sistema de verificação por meio das próprias ferramentas eletrônicas dos emitentes das mensagens pela rede mundial de informações eletrônicas ao destinatário investigado, assim como dos respectivos conteúdos destas mensagens.

Afastadas as controvérsias sobre a inconstitucionalidade do monitoramento das mensagens corporativas dos empregados pelo empregador, faz-se necessário doravante aprofundar a questão, em vista de satisfatório entendimento, tendo-se em conta que o referido problema, na esfera empresarial de trabalho e na jurisprudência, permanece com um dos principais conflitos jurídicos ainda de soluções aparentemente pouco satisfatórias para a atualidade.

5.1 FORMAS E LIMITES DA FISCALIZAÇÃO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS

Face à propagação da utilização do sistema eletrônico quer o âmbito pessoal, quer no âmbito do trabalho, vem se constando freqüentemente a utilização indiscriminada da internet e suas ferramentas no ambiente do trabalho. Estudos americanos apontados por Sergio Ricardo Marques Gonçalves ¹⁸⁰ mostram que 87% dos empregados com acesso a internet no ambiente do trabalho, usam a ferramenta para assuntos alheios ao trabalho, 21% utilizam-se de jogos e apostas, 16% planejam viagens, 10% enviam dados pessoais, 3% conversam em Chats e 2% visitam sites pornográficos, tornado vulneráveis os equipamentos, arquivos, informações desses equipamentos.

Outra pesquisa, realizada no Brasil pela empresa Módulo, revela que 35% dos problemas ocorridos com a Internet são causados por funcionários, 17% por *hacker* e 25% são de causa desconhecida, para a Revista INFO EXAME e a Pricewaterhousecoopers com 836 maiores empresas brasileiras, revelou que 25,5% das companhias já despediram pelo menos um funcionário por uso inadequado da web ou do e-mail. Como se vê as inovações tecnológicas e a popularização de seu uso afloraram a necessidade de criação de formas e limites de fiscalização a fim de proteger ao patrimônio da empresa.

Existem diversos modos de verificação quanto ao uso do computador, principalmente quando se trata de uso referente à rede mundial de computadores, dentre as quais algumas podem ser realizadas por qualquer usuário padrão de computador, ao passo que outras exigem um conhecimento técnico mais especializado. Todas essas formas de fiscalização só podem ser utilizadas pelos empregadores nesse múnus de controle de uso dos computadores pelos empregados.

Não parece haver, em princípio, distinção sob o ponto de vista legal quanto às diversas maneiras de monitoramento, pois todas residem no ponto fundamental do conflito em tela, vale dizer, o controle exercido pelo empregador como uma decorrência do poder diretivo sobre o empregado, a despeito de ecos argumentativos em contrário, que consideram qualquer forma de fiscalização uma invasão aos direitos constitucionalmente protegidos de intimidade e de sigilo de correspondência.

¹⁸⁰ **In Jus Navegandi.** E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa? Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>

Tecnicamente, utiliza-se com certa freqüência o que se convencionou chamar de “programas-espiões”, que permitem que uma máquina de computador possa gerenciar diversas outras, valendo-se da interligação pela rede, no sentido de permitir acesso do superior aos conteúdos visitados ou recebidos pelos demais usuários subordinados. Nem todas formas de controle, entretanto, exigem extrema sofisticação, sendo acessíveis pela difusão das tecnologias de rede no mercado consumidor a qualquer usuário regular.

A rede mundial de computadores conta, por exemplo, com um item em sua barra de ferramentas, em que consta dentre as opções de operação disponíveis com a possibilidade de checagem do histórico, ou seja, pode-se fazer uma espécie de revista de telas de navegação visitadas pelo usuário. De maneira semelhante, é possível realizar a checagem de mensagens eletrônicas enviadas ou recebidas, em especial as advinda de e-mail corporativo.

Todavia, é preciso salientar que a tecnologia informática não é estanque. Muito ao contrário, a celeridade em seu aprimoramento técnico tem sido uma de suas marcas registradas nas últimas décadas, o que fica muito claro pelo desenvolvimento histórico e pelas origens da rede mundial de computadores, sobre que já se discorreu. Destarte, com o avanço tecnológico, surgem diversas novas formas de manipulação das ferramentas eletrônicas, à proporção que surgem novas maneiras de controle, pelo empregador, por exemplo, sobre as atividades de seus empregados junto ao computador.

Há, contudo que estabelecer critérios para a aplicabilidade de tal fiscalização, a fim de não macular os limites da razoabilidade da vigilância exercida. Corriqueiramente esses limites vêm sendo exercidos pelas empresas que se disponibilizam equipamentos eletrônicos à seus empregados, através de regulamentos internos, informes em telas, palestras e comunicados veiculados no ambiente de trabalho, portanto, com a ciência do empregado dos meios, formas e limites de utilização dos referidos equipamentos.

Para Mauro César Martins Souza, as empresas devem adotar previa e expressamente padrões, regramentos e códigos de conduta acerca da utilização ideal, por parte de seus funcionários, de todos os instrumentos eletrônicos, bem como o acesso ao ambiente da rede mundial de computadores (internet) e comunicação interna (intranet), tais como: declaração de que a rede computacional é de propriedade da empresa; garantia do direito de monitorar e interceptar o correio eletrônico; declaração de que a correspondência eletrônica não pode apagável; proibição de transmissão de declarações sexualmente ofensivas, agressivas ou difamatórias; proibição de copiar, distribuir ou imprimir material

protegido por direitos autorais; proibição do uso da rede para atividades ilegais ou que interfiram no trabalho dos outros; proibição de uso de equipamentos computacionais da empresa para conseguir acesso não autorizado a qualquer outro computador, rede, banco de dados ou informação guardada eletronicamente¹⁸¹.

Renato Opice Blum sugere às empresas que monitorizam os *e-mails* de seus funcionários, que o façam através de contrato, códigos de conduta e de *pop ups* na tela do computador a fim de reavivar a memória dos mesmos a cerca do monitoramento e para que não haja expectativa de privacidade do empregado, como também sugere que as empresas reservem um período na jornada diária de trabalho para a utilização da rede para fins pessoais¹⁸².

Destaca-se que quanto ao acesso e utilização de *e-mail* pessoal em equipamento do empregador e sem a autorização deste Alexandre Agra Belmonte¹⁸³ entende que caberá apenas o monitoramento formal, não poderá o empregador exercer o controle material, sobre o conteúdo das mensagens, por se tratar de um meio particular de comunicação e, como tal inviolável, sob pena de caracterizar-se invasão de privacidade passível de reparação patrimonial e moral. O empregador poderá tão somente aplicar as penas disciplinares capituladas no instrumento celetista.

Sandra Lia Simon, no entanto, faz a ressalva de que, na hipótese de o empregador permitir aos seus empregados o uso da internet para fins particulares, não poderá penalizá-los, exceto nos casos de abuso, eis que a intimidade e a privacidade do empregado devem ser respeitados, não podendo agir o empregador com rigor excessivo quanto à fiscalização do uso do sistema, caso contraio dependendo do caso concreto, dará ensejo à rescisão indireta¹⁸⁴. Sem duvida, o posicionamento da referida autora, nesse ponto, recobre-se de inegável razoabilidade.

Quanto às conseqüências da utilização do e-mail segue a citada autora:

[...] várias, portanto, são as formas lícitas de procurar provas contra o empregado que usa indevidamente o correio eletrônico que lhe foi fornecido pela empresa. A solução mais adequada para esta problemática é a introdução de uma cláusula contratual que permita à empresa a checagem dos e-mails dos empregados, seja

¹⁸¹ E-mail (...net) na relação de emprego: Poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado. In Revista LTr. São Paulo. v.64. n. 7, julho de 2.000, p. 867.

¹⁸² CALVO, Adriana Carreira. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente do trabalho. eletronicowww.jusvi.com/artigos/246.23.04.2008.

¹⁸³ BELMONTE, A. A. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 79.

¹⁸⁴ Apud BELTRAN, Ari Possidonio. Op. cit. nota 167 supra, p. 219

no decorrer da relação laboral ou na fase contratação, em razão, da natureza da função desempenhada¹⁸⁵.

Nesse sentido Mario Antonio Lobato de Paiva¹⁸⁶ aponta julgado do Tribunal do Trabalho da Bruxelas, Bélgica, fundado no art. 8º do Convênio Europeu de Direito Humanos, no qual constata-se que o envio de correio eletrônico pessoal enviado de equipamento da empresa, pertence a vida privada do empregado, considerando que o número de correios, tamanho e caráter privado são dados suficientes para proceder a sanção sem a necessidade efetiva de acesso ao conteúdo da mensagem.

Isto posto, é pertinente concluir que uma das dificuldades é manter-se atualizado a essas novas tecnologias que adentram a realidade de trabalho no mundo corporativo, pois faz-se sempre necessário empreender um reexame da questão, sobretudo em vista da necessidade do Direito do Trabalho em manter o equilíbrio entre a tutela das garantias constitucionais e o efetivo exercício do poder diretivo pelo empregador.

Malgrado tenha a Lei nº 9296/96 equiparado em seu art. 1º, parágrafo único, as correspondências eletrônicas às postais, existe uma óbvia indefinição sobre os lindes dessa equiparação. Sobre o prisma trabalhista mais especificamente, o avanço dessas tecnologias sempre suscitará a necessidade daquele já aventado reexame, posto que um dos conflitos fundamentais do Direito do Trabalho consiste em cumprir a meta de assegurar a realização do empregado como cidadão, preservando-lhe os direitos fundamentais definidos pela Constituição Federal e pela CLT, sem desrespeitar os direitos constitucionais do empregador, não lhe subtraindo no exercício do poder diretivo a efetividade esperada, sob pena de colocar-se em risco a segurança e a boa gestão do empreendimento.

5.2 O PANORAMA DO TEMA NO BRASIL

Para defrontarmos com esta questão devemos, primeiro, compreender que a relação de direito do trabalho nasce da conjunção de vontades, entre empregador e

¹⁸⁵ Ibidem, p. 219.

¹⁸⁶ **Brasil:** Interceptação do Correio Eletrônico. Disponível em <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/55-2.asp>>

empregado, quanto à celebração de vínculo contratual. A convergência de vontades na origem das cláusulas contratuais é expressão do duplo individualismo, em alguns casos, embora na maioria das vezes a prática mostre que essa conjunção volitiva é substituída pelo assentimento do empregado às condições estabelecidas pelo trabalhador, “numa espécie de unilateralidade na origem das cláusulas contratuais”, segundo Camino ¹⁸⁷. Nesse sentido, manifesta-se ainda Catharino ¹⁸⁸, para quem “não há dúvida de que, hoje, existe decadência da autonomia da vontade, mas relativamente à regulamentação do conteúdo ou objeto do contrato, nascido da conjunção volitiva em geral”.

A análise destes aspectos é de suma relevância para o escopo da presente dissertação, porque impende compreender que, na confrontação do que expõem os art. 442 e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho com a realidade econômico-social, observa-se não haver uma conjugação pura de vontades na celebração do contrato de trabalho, mas prevalece o assentimento que os empregados, desejosos por garantir o subsídio material mínimo à sua sobrevivência, assentem à imposição de normas contratuais propostas pelo empregador.

O emprego de políticas de segurança para a proteção de dados sigilosos, de vírus, *spams* que afetam o patrimônio da empresa assim como o combate às diversas formas de criminalidade eletrônica são outros dados extraídos da realidade econômico-social que fazem hoje do monitoramento de *e-mails* dos empregados pelo empregador um fato incontestante. Contudo, não há que se cogitar ser tal medida privada de argumentos jurídicos.

A doutrina é escorreitamente clara, ao propor o poder disciplinar do empregador, o qual em casos de hipotéticas indenizações seria responsabilizado por culpa *in eligendo* ou *in vigilando* por ações lesivas que o empregado cometesse em nome da empresa ou valendo-se do suporte material da empresa. De tal forma que a internet e os computadores em geral, por serem de propriedade da empresa (segundo o art. 932, inciso III, do Código Civil), tem seu monitoramento assegurado por esse respaldo legal, uma vez que parece inegável ser esta uma das expressões do poder diretivo do empregador, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, consoante alertam Renato Ópice Blum e Taysa Elias

¹⁸⁷ CAMINO, C. **Direito Individual do Trabalho**, obra citada no livro GERHARDT, Op. cit. nota 23 supra, a respeito do art. 444 da CLT, p. 59.

¹⁸⁸ CATHARINO, J. M. **Compêndio de Direito do Trabalho** In GERHARDT, Op. cit. nota 23 supra. p. 58.

Cardoso ¹⁸⁹. Existem, em suma, dois pilares sobre os quais repousa a legitimidade do monitoramento do correio eletrônico: o direito de propriedade do empregador e o poder de direção, previsto no art. 2º da CLT.

Também Finati ¹⁹⁰ adere à tese apresentada, pelo que o empregador tem o direito de supervisionar por todos os meios disponíveis as atividades do empregado, envolvendo nesse diapasão o emprego da internet e de outros meios ligados à informática, exigindo que os objetivos da empresa sejam visados e cerceando qualquer conduta que deponha contra o bom uso dos computadores. É de se observar a preocupação em garantir o pleno exercício do poder diretivo, principalmente sobre o prisma da disciplina e da organização das atividades profissionais, evitando-se que haja um desvirtuamento da finalidade no uso dos computadores e das ferramentas eletrônicas em geral.

Se as regras da empresa enquadram como conduta reprovável a utilização dos equipamentos eletrônicos para quaisquer fins que não sejam estritamente profissionais, nada impede que sanções sejam impostas aos empregados que não obedecem tais normas, pois estamos diante de um claro caso de insubordinação. Porém, para que haja efetividade no cumprimento daquelas regras, é preciso que o empregador seja municiado de controle, ou seja, fiscalização pelo monitoramento. Do contrário, as regras trabalhistas pertinentes ao poder diretivo converter-se-iam em letra morta.

Assim, tem-se que:

Por força de seu poder diretivo [...] é evidente que o empregador pode tomar providências no sentido de saber se o empregado está utilizando o microcomputador e a internet dentro do escopo contratual. [...] Não há que se falar em violação de privacidade do empregado, pois fiscalizar o trabalho realizado é função do empregador ¹⁹¹.

Programas-espiões, revista de telas de navegação visitadas pelo usuário, checagem de mensagens eletrônicas enviadas ou recebidas, assim como de outras formas de correspondência eletrônica (as publicidades enviadas eletronicamente, denominadas *spams*, entre outras, por exemplo), todos os meios técnicos são válidos para apurar o desenvolvimento do serviço contratado, não cabendo argüir violação de sigilo de correspondência do empregado.

¹⁸⁹ BLUM, R. O. e CARDOSO, T. E. Políticas de Segurança, Privacidade e os Tribunais, in: DO VALLE, R. R., **E- Dicas: O Direito na Sociedade de Informação**, São Paulo, Câmara Net, 2005.

¹⁹⁰ FINATI, C. R. **Relações de Trabalho na Era da Informática**. In GERHARDT, Op. cit. nota 23 supra. p. 110.

¹⁹¹ *Ibidem*.

Há, contudo, posicionamento na doutrina quanto à imprescindibilidade da ciência do empregado¹⁹², uma vez que é exigível um assentimento claro e isento de quaisquer dúvidas por parte do empregado contratado, sob pena de eivar-se de invalidade do referido ato violador.

Tal posicionamento não apenas se apresenta como uma exigência peculiar da contratualística como um dos requisitos que confirmem a boa-fé das partes, mas também é um procedimento que afasta os argumentos que imputam a esse tipo de cláusula a pecha de violadora do direito à privacidade, uma vez que já se firmou nítido entendimento segundo o qual o monitoramento do correio eletrônico é expressão meridiana do poder diretivo, sem ferir preceitos constitucionais e eivado das finalidades do Direito do Trabalho como um direito social (CF, art. 6º), com regras diferentes daquelas aplicadas à esfera puramente privada. Contanto que o empregado tenha sido previamente notificado de que suas correspondências eletrônicas e a navegação via *internet* estarão sob monitoramento do empregador, a prévia ciência do empregado acerca de tais condições de trabalho afasta qualquer argumento que condene o monitoramento como forma de desrespeito a um direito constitucional.

É imprescindível a observância ao princípio da proporcionalidade, que tem o objetivo de impedir que, sob o argumento do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, de maior ou igual importância, que igualmente merecem ser preservados¹⁹³.

Dada a vasta possibilidade de recursos no mundo moderno, não restam ao empregado quaisquer argumentos que o conduzam a apreciar necessariamente sua correspondência pessoal por mensagem eletrônica (*e-mail*) privada (não mensagem eletrônica corporativa¹⁹⁴) ou navegar por telas de visitação na rede mundial de computadores (os chamados *sites*) que nada digam respeito a seu trabalho.

Ademais, a verificação do uso dos computadores e das correspondências corporativas vem normalmente atrelada a uma política de segurança¹⁹⁵ realizada pela própria empresa, visto que potenciais ameaças de vazamento de informações confidenciais, o acesso a bancos de dados sigilosos e, em determinados casos, o grau de periculosidade em certos setores econômicos (como são os casos da indústria bélica, da farmacêutica etc.) justificam a perpétua vigilância de cada atividade exercida no seio da empresa. “O

¹⁹² Cf. BLUM, R. O. e CARDOSO, T. E. Op. cit., nota 179 supra p. 155.

¹⁹³ Ibidem, p. 156.

¹⁹⁴ Cf. BLUM, R. O. ; CARDOSO, T. E. Op. cit., nota 179 supra. p. 156.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 156.

procedimento de segurança para as empresas é importante também para resguardá-las de possíveis atos ilícitos cometidos contras as mesmas (concorrência desleal, entre outros)”¹⁹⁶, sem se olvidar a questão da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, modalidades de culpa que as decisões pretorianas impingem, com base no próprio direito civil pátrio, às empresas que se eximem de supervisionar a atividade de seus empregados adequadamente.

Em adição aos pontos já expostos, deve-se ainda afirmar que o poder diretivo do empregador não é uma atribuição legal decorrente de sua condição, um algo estático e inatingível pelas mudanças verificadas na modernidade. Consoante adverte Delgado, percebe-se, sobretudo nas últimas décadas, uma mudança de paradigma do poder diretivo do empregador, de forma que ele “tem [sido] crescentemente reduzido a uma configuração verticalizante, assimétrica, unilateral dessa relação de poder em benefício de uma sua configuração mais democrática”¹⁹⁷. Destarte, percebe-se que a proteção ao direito da intimidade ou privacidade, ainda que intacta a sua *raison d’être* no seio das proteções constitucionais, não pode ser argüida em uma realidade econômico-social em que os empregados exercem uma participação direta nas decisões empresariais e na colimação dos objetivos a serem alcançados com os empreendimentos.

Embora não seja parte nuclear do tema da presente dissertação, não é excessivo ponderar que essa nova configuração da realidade trabalhista faz sentido após um século de valorização dos direitos sociais e de intensos movimentos sindicalistas. Não merece mais guarida a idéia de mera subordinação do empregado, mas impende reconhecer, em observância ao comentário de Ricardo Marcelo Fonseca ¹⁹⁸que na teia das relações humanas na órbita do trabalho, o poder diretivo do empregador atua, sobretudo, como “uma zona cinzenta onde [...] pode, em meio à imprecisão jurídica e á vagueza contratual, exercer a dominação, o controle, a normatização e a disciplina”¹⁹⁹.

Vale lembrar que o objetivo não é a supressão dos direitos fundamentais do trabalhador, enquanto tal ou como cidadão, mas simplesmente não exacerbá-los a ponto de comprometer outros valores, de natureza social, tão caros quanto o próprio direito à privacidade e à intimidade. Agora à luz do novo Código Civil (que introduziu institutos

¹⁹⁶ Ibidem, p. 157.

¹⁹⁷ DELGADO, M. G. O Poder Empregatício. In OLIVEIRA NETO, A. E. e TOLEDO COELHO, L. A. **Direito à Intimidade e à Privacidade**. E-mail do Empregado, Belém, Revista do TRT da 8ª. Região, v. 36, nº 71, p. 144

¹⁹⁸ **Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica**. São Paulo: LTr, 2002, p. 31-32.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 32.

relevantes que escapam ao mérito da presente questão, como, por exemplo, a função social do contrato e a boa-fé objetiva²⁰⁰) e persistindo no mais apurado esforço hermenêutico diante da abrangência do texto constitucional pátrio, é imperioso reconhecer a tendência à socialização do contrato de trabalho²⁰¹, de modo a favorecer a posição do empregado como um dos sujeitos de direito num dos pólos da relação contratual, em regime de equiparação com o outro pólo, o do empregador.

Em verdade, a fiscalização do labor decorre do legítimo poder empregatício (conforme abordado em tópico anterior sobre o poder diretivo do empregador), tendo em vista tenacidade e a eficiência na administração do empreendimento²⁰². Mais ainda, tais procedimentos de fiscalização devem ser resultado de uma política sensata e adequada de controle da atividade laboral, de tal modo que não se poderia admitir como provas ilícitas as mensagens eletrônicas e outros registros informáticos que deponham contra o profissionalismo do empregado. Ao contrário, estes se prestam a ensejar a justa causa na rescisão do contrato de trabalho, conforme ensina Romita²⁰³. Trata-se antes de uma postura que signifique justa reprimenda para o anti-profissionalismo no ambiente de trabalho, do que a defesa de uma política desfavorável à autonomia e à intimidade a serem usufruídas pelos empregados, na condição de cidadãos de um Estado democrático.

Mesmo posicionamentos contrários à tese presentemente postulada, como o de Pamplona Filho²⁰⁴, reconhecem haver hoje em dia uma “multifuncionalidade com divisão e aumento de responsabilidade”, relativizando-se, diante das crescentes exigências de adestramento técnico dos empregados diante do desemprego estrutural e à complexidade da atual economia globalizada, os próprios conceitos de ‘poder diretivo’ e ‘subordinação’. Deste modo, não se sustenta o posicionamento que afirma ser o monitoramento das mensagens enviadas no computador uma atividade que atenta contra os direitos fundamentais do empregado. A interpretação de uma norma, principalmente de uma hierarquicamente privilegiada como é a constitucional, deve ser condizente com a realidade econômico-social a que ela se aplica.

²⁰⁰ V. Art. 187, CC/2002.e OLIVEIRA NETO, A. E.; TOLEDO COELHO, L. A., Op. cit., nota 187 supra. p. 145.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem

²⁰³ ROMITA, A. S. Uso Indevido do Correio Eletrônico como Justa Causa para Despedida In. OLIVEIRA NETO, A. E. e TOLEDO COELHO, L. A., Op. cit., nota 187 supra. p. 146.

²⁰⁴ PAMPLONA FILHO, R. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro. **Revista do TST**, Brasília, v. 70, nº 1, jan.-jul./2004, pp. 97-98.

Além disso, a própria exigência da contratualística contemporânea de claro assentimento do empregado, a introdução do conceito de boa-fé objetiva pelo novo Código Civil e a equiparação de sua posição à do empregador na contratação, mitigando a arcaica noção de subordinação são argumentos que acabam demolindo a idéia de violação do direito fundamental à intimidade. Trata-se de um exercício da liberdade individual, fomentado pelas pressões econômicas da realidade presente, de modo que não cabe afirmar em renúncia a direitos fundamentais. Mesmo porque, nenhum contrato poderia exigir que se renunciasse ao que, conforme a própria Constituição Federal é eminentemente irrenunciável. De forma alguma, o monitoramento de *e-mails* afasta a obrigação que se impôs ao constitucionalismo moderno de salvaguarda aos direitos fundamentais²⁰⁵.

De acordo com a própria estrutura argumentativa apresentada por LISBOA, direitos supralegais, como o direito à intimidade e à privacidade, direitos da personalidade em suma, “devem prevalecer diante de um interesse socialmente menos relevante”²⁰⁶. Conforme já demonstrado, muito mais do que dar guarida ao direito de propriedade dos computadores e demais estruturas físicas adjacentes à informática, a defesa do monitoramento de *e-mails* busca fazer valer os princípios de proporcionalidade, legalidade, além de respeitar a nova condição do empregado na realidade hodierna, um partícipe ativo na celebração de contratos e nas decisões tomadas quanto à administração empresarial.

Mais ainda, trata-se, conforme já asseverado, de respeitar as bases da nova contratualística. Diante de tantos argumentos e valores defendidos no esteio da presente tese, como argüir que se trata de algo menos relevante que qualquer direito fundamental? A tese do doutrinador, embora respeitável, não pode ser acolhida.

Em acréscimo, é preciso atentar, portanto, que a defesa do monitoramento das mensagens eletrônicas não se baseia no argumento de que a estrutura de computadores é de propriedade do empregador. O argumento é válido, à luz da nova condição do empregado, equiparada à do empregador e ciente da fiscalização de mensagens, telas de navegação e afins, mas não é o cerne do argumento que pretende flexibilizar a garantia da privacidade,

²⁰⁵ LISBOA, R. S. A inviolabilidade da correspondência na internet. In DE LUCCA (org.) DE LUCCA, N. e SIMÃO FILHO, A. **Direito e Internet**. Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2001, p. 35. p. 467.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 476.

diversamente do que pretendem alguns estudiosos da matéria²⁰⁷, em nome de outras igualmente relevantes, inclusive sob o prisma constitucional.

Não existem, na esteira dos argumentos contrários, quaisquer elementos que possam defender o monitoramento de mensagens eletrônicas como mecanismo de censura à liberdade de expressão e de reflexão sobre as condições de trabalho²⁰⁸. Tal conclusão somente seria pertinente, caso a veiculação de idéias do empregado tivesse apenas como único veículo a rede de computadores e as mensagens eletrônicas da empresa.

Sob o aspecto lógico, uma vez diante de frontal absurdo, obviamente a tese contrária à posição desses doutrinadores, vale dizer, a defesa do monitoramento, permanece eivada de completa validade. Ademais, mesmo para os arautos da tese oposta, a prévia ciência do empregado quanto à vigilância do uso dos equipamentos eletrônicos repudia as arguições radicais que atribuem *tout court* ao monitoramento destes assim chamados *e-mails* e outras atividades de vigilância similar a ilicitude de uma violação a direitos fundamentais de intimidade e privacidade²⁰⁹.

Caso se admitisse, hipoteticamente, que o empregador ficasse privado do justo direito à mínima fiscalização das atividades do empregado, haveria um problema paradoxal, de natureza insolúvel: seria o caso de uma relação de emprego desprovida de um de seus elementos essenciais, o poder diretivo do empregador. Eis o porquê de não se poder extrair do art. 21 do Código Civil a proibição absoluta de fiscalização pelo empregador, como bem observa Octávio Bueno Magano²¹⁰.

Nesse sentido, vale atentar aos exemplos fornecidos pelo *Statuto dei diritti dei lavoratori*, art. 4º, nº 1, ou do Código de Trabalho português, art. 20, ambos, da mesma forma que outros sistemas jurídicos, como o espanhol²¹¹, reconhecem a licitude do monitoramento de *e-mails*. Não por acaso, o que se tem verificado hoje em dia, conforme já afirmado e doravante será minudenciado, a jurisprudência pátria tem se manifestado favoravelmente às atividades fiscalizadoras pelo empregador. Não apenas, consoante se poderá perceber, as razões pretorianas reiteram os argumentos já expostos, reforçando a via argumentativa ora apresentada, como também se nota que empalidecem nitidamente os

²⁰⁷ SILVEIRA NETO, A. e LOBATO DE PAIVA, M. A. A Privacidade do Trabalhador no Meio Informático. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, Rio de Janeiro, Forense, Vol. XI, p. 33-35.

²⁰⁸ Ibidem, p. 33-35.

²⁰⁹ Ibidem, p. 33-35.

²¹⁰ MAGANO, O. B. Do Poder Diretivo da Empresa. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. XII, p. 49.

²¹¹ Ibidem, p. 49.

motivos que poderiam ensejar a tese de violação do direito fundamental da privacidade ou ainda da intimidade do empregado.

5.3 MAPEAMENTO DA QUESTÃO EM MATÉRIA DE DIREITO COMPARADO

Diante do fenômeno social provocado pela Revolução Tecnológica, em especial com o advento da *internet*, a rede mundial de computadores, a posição doutrinária em diferentes países – não se olvidando o *right to privacy* consagrado na tradição do *common law*, anteriormente mencionado – extraiu um denominador comum, qual seja o de preservar uma esfera mínima de privacidade individual, não obstante os crescentes obstáculos tecnológicos para o resguardo de informações sigilosas, quer sejam de foro íntimo, quer sejam segredo profissional, quer sejam de outra natureza qualquer.

Tanto no âmbito puramente civil, quanto sob o prisma do Direito do Trabalho, existe essa preocupação em respeitar a esfera de intimidade do indivíduo, sem que haja comprometimento de outros valores. Não existe tolerância ao sigilo de correspondência eletrônica, por exemplo, nos casos em que figuram ameaças de rompimento com segredos profissionais ou de segurança da empresa e até mesmo do próprio Estado (a exemplo dos recentes casos na Europa de atentados terroristas, que se valem do sigilo das correspondências eletrônicas para transmissão de informações sem mínimo controle estatal).

Cifuentes²¹², representante da doutrina argentina, faz coro com o posicionamento pátrio no tocante à manipulação de dados no campo da informática, no sentido de que “*todos los datos deben ser reservados, algunos incluso estrictamente, otros según los fines institucionalizados*”. Essa vinculação da proteção ao sigilo das informações por mensagem eletrônica parece atender, nesse segundo caso, a finalidades sociais que extravasam a esfera puramente individual, de modo que os interesses de urbanidade e de segurança no ambiente laboral, por exemplo, não podem submeter-se à satisfação cega de garantias individuais.

²¹² CIFUENTES, S. **Derechos Personalísimos**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 589.

É importante ressaltar que para o autor o acesso à base de dados e às informações, no último caso citado, deve limitar-se a pessoas que apresentem um interesse legítimo.

No Brasil, consoante já exposto, a questão mencionada do interesse legítimo também se apresenta relevante, pelo que diante de fenômenos mundiais como vírus eletrônicos e a atividade dos *hackers*, “as comunicações pela internet devem ser cercadas e guardadas dentro do maior sigilo, a fim de não ocorrer atentado contra o direito ao segredo das comunicações do usuário”²¹³. Logicamente, o sigilo de que se eivam as informações em rede não é absoluto, tendo validade as hipóteses previstas em lei que determinam a quebra daquele²¹⁴.

Na Itália, semelhante posição foi estabelecida em seio doutrinário, respeitando-se nessa matéria o *diritto alla riservatezza*, dadas as possíveis ameaças virtuais, hoje em dia bastante variadas, de violação ou usurpação de dados. O supramencionado *diritto alla riservatezza* é derivado diretamente do *right to privacy*, como alerta Frosini²¹⁵. O direito à intimidade da vida privada, na expressão do doutrinador peninsular, representa uma conquista recente da consciência civil, estendendo-se atualmente, nos países de tradição política democrática, não apenas às relações íntimas, mas também a certos comportamentos pessoais, aos elementos distintivos da personalidade biopsíquica, às opiniões religiosas e políticas, compondo o conjunto de dados sensíveis de cada indivíduo²¹⁶:

Assim veio impondo a necessidade de tutelar o direito à intimidade do indivíduo, sua liberdade informática, diante da ameaça de violação da sua vida privada, ou *privacy*, representada hoje pelos arquivos magnéticos dos elaboradores eletrônicos, como bancos de dados pessoais.

Do direito de acesso ao banco de dados, do direito de controle sobre a exatidão, atualização (*aggiornameto*) e correção (*retifica*) destes mesmos dados, ao direito de segredo (*diritto di segretezza*) e ao direito de autorização para que se difundam as informações armazenadas, todo este conjunto constitui hodiernamente o novo *right to privacy*²¹⁷.

²¹³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 313

²¹⁴ SZANIAWSKI, E. Op. cit. p. 313: “...quando se poderão ser utilizadas as interceptações de comunicações e infiltrações em casos de investigação criminal e de instrução processual penal”.

²¹⁵ FROSINI, V. **Informatica, diritto e società**. 1. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 244-245.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 244-245.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 244-245.

Para Lugaresi²¹⁸, também doutrinador italiano e estudioso do *right to privacy* em meio à realidade norte-americana, a inovação tecnológica, e em especial o progresso da informática forneceram potentes instrumentos invasivos da esfera pessoal, que deveria, no entanto, permanecer íntima. Comumente sustenta-se que se trata de um pequeno e inevitável preço a pagar²¹⁹, para que se possa indiscriminadamente usufruir os benefícios da rede mundial. Lugaresi defende, na contramão desse posicionamento, que não faz sentido aceitar a violação da esfera íntima, ou ainda no que concerne à proteção de dados sigilosos imprescindíveis à administração pública, via *internet* ou por outro instrumento similar qualquer, quando existem mecanismos tecnológicos e jurídicos que previnam isso:

Mas é imperioso se se quiser implicar que se trata de uma escolha forçada, já que instrumentos normativos e tecnológicos podem ser adotados. [...] A proteção da esfera privada dos indivíduos que estão presentes em rede, e dos cidadãos em geral, não pode ser considerada como um obstáculo, mas ao contrário deve constituir uma das barreiras regulamentadoras da rede, seja quando se tratar de auto-regulamentação, seja quando se tratar de regulamentação pública²²⁰.

Parece que o critério a ser adotado na realidade do common law na opinião do doutrinador italiano remete àquele outrora apontado por Warren e Brandeis. Simplesmente não seria admissível afirmar que a conexão em rede, da qual decorre o estabelecimento de relações virtuais infra-individuais ou num plano institucional, seja sinônimo de um assentimento (tácito, provavelmente) de renúncia à própria esfera de intimidade, em qualquer proporção. Portanto, segundo Lugaresi, “*ciò a cui bisogna fare riferimento è la volontà dell’individuo, e no si può attribuire ad essa, dall’esterno, significati che dall’esterno non è possibile conoscere*”²²¹.

O cidadão – e aqui é retomada a tese voluntarista, como se poderia chamá-la, já que se trata de observações acerca da riservatezza nos Estados Unidos antes de tudo – deveria exercer a faculdade de consentir (ou melhor, assentir)²²² com o acesso à própria

²¹⁸ LUGARESÌ, N. **Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti**. 1. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 9.

²¹⁹ Ibidem, p. 10-11.

²²⁰ LUGARESÌ, N. Op. cit. nota 208 supra. p. 10-11. No original: Ma è fuorviante se si vuole implicare che si tratta di una scelta obbligata, in quanto strumenti normativi e tecnologici di tutela possono essere adottati. (...) La protezione della sfera riservata degli individui che sono presenti in rete, e dei cittadini in generale, non può essere considerata come un ostacolo, ma deve invece costituire una delle travi portanti della regolamentazione della rete, sia che si tratti di autoregolamentazione, sia che si tratti di regolamentazione pubblica”

²²¹ Ibidem, p. 10-11.

²²² Ibidem, p. 10-11. Texto original emprega o termo *consentire*. Embora não caiba na presente dissertação, o referido verbo em italiano comunga a mesma raiz etimológica do verbo *consentir* em português, evidência essa confirmada pelo Zingarelli, o principal dicionário da língua italiana. Portanto, mais correto que no caso como o presente, o verbo correto a ser empregado é *assentir*, à luz do rigor da doutrina de direito civil no que tange à manifestação expressa de vontade. Não se trata de consentimento, porque o usuário não estabelecerá acordo.

esfera de intimidade pessoal somente aos indivíduos a quem pretende autorizar e apenas nos limites que lhe convém fixar²²³.

Do contrário, verificada a violação dessa esfera íntima, a vítima não suportaria o dano apenas quando houvesse uma diminuição patrimonial ou uma exposição a determinado perigo, pelo recolhimento e utilização de dados pessoais. O mero desrespeito a tal legítima expectativa de solitudine, intimidade e anonimato já bastaria para ensejar o direito à indenização. Trata-se da proteção normativa ao legítimo direito de *essere lasciato in pace*²²⁴. Em atinência ao que expõe Weinstein²²⁵ em sua obra *The Uses of Privacy in the Good Life*, trata-se, em suma de uma condição de separação, em diversos graus, do sujeito em relação aos outros. Não é uma separação imposta ou suportada, mas legitimamente buscada²²⁶.

Por outro lado, a doutrina italiana e a norte-americana não deixam de considerar outros dados importantes da realidade de trabalho, que precisam ser considerados quando se trata de respeito ao *diritto alla riservatezza* no ambiente laboral. A ameaça de usurpação de dado, a violação de segredos industriais e a premente necessidade de segurança nas empresas são alguns elementos que subtraem do *right to privacy* aquele grau de dogma absoluto, um caráter de direito fundamental que não admite mínima flexibilização.

Não se trata de subserviência do Direito do Trabalho aos interesses econômicos potencialmente colidentes, nem de sobreposição de dificuldades práticas à devida tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Ao contrário, impende asseverar que ao direito à intimidade contrapõem-se outros direitos e interesses jurídicos igualmente legítimos que não podem ser integralmente sacrificados. Primeiro, não haveria isonomia no tratamento de direitos privados e direitos sociais, como o direito do trabalho mesmo. Ademais, se o direito à intimidade fosse considerado absoluto, intocável, essas dificuldades práticas da realidade de trabalho, de ameaças potenciais e meras vicissitudes, se tornariam ameaças reais, flagrantes descon siderações de interesses e direitos públicos e inaceitável comprometimento da segurança no trabalho e na sociedade.

²²³ Ibidem, p. 10-11.

²²⁴ Ibidem, p. 16.

²²⁵ Cf. Ibidem, Por exorbitar o tema, não se detém neste ponto em maior aprofundamento sobre a obra de Weinstein, **The Uses of Privacy in the Good Life**, mas apenas a título de referência, trata-se da publicação feita por Pennock e Chapman, Atherton Press, Nova York, NY, 1971, pp. 88 e ss.

²²⁶ Ibidem, p. 16.

Finalmente, Lugaresi propõe alguns critérios funcionais²²⁷ que poderiam ser empregados para o correto balanceamento dos interesses individuais no bom uso do *right to privacy*, a fim de não se cercear injustamente a liberdade de informação ou outros direitos que venham a ser eventualmente colidentes com o direito de “ser deixado em paz”. Em casos de possíveis ameaças ao bem comum, por exemplo, estas devem ser bem documentadas e não apenas um perigo hipotético, para que se possa limitar o pleno gozo do *privacy*. Subsistindo tal perigo, é preferível que àquele se possa responder valendo-se (preferencialmente) de outros instrumentos que não comportem em princípio uma restrição ao direito à privacidade. Mais ainda, caso seja estritamente necessário intervir na privacidade, que de todos os meios disponíveis seja escolhido o menos invasivo. Por fim, de todas as ações que representem medidas limitativas ao *right to privacy*, cabe escolher aquelas que tenham efeitos colaterais não desejáveis a terceiros que não se interessem pelo resultado de tais ações.

Nos próprios dizeres de Lugaresi ²²⁸,

[...] então uma medida limitativa da *privacy* seja adotada, devem-se preferir ações que dêem conta de efeitos colaterais não desejáveis em relação a outros que não tenham interesse naquilo que daquela [medida] possa derivar.

Na França também fica evidente essa preocupação direta com a oposição que se pode verificar entre o respeito às liberdades individuais e, em particular, à proteção à esfera de intimidade e questões igualmente relevantes, como a salvaguarda da segurança nacional (não se esquecendo que a Europa costuma padecer com o terrorismo). Trata-se de interesses divergentes, na douda opinião de Bensoussan ²²⁹, para quem “é preciso conciliar os interesses econômicos (liberdade de circulação de informação) e a proteção da vida privada”.

Na Espanha, considerando ainda as questões pertinentes à segurança nacional e às diversas formas já verificadas de criminalidade eletrônica, doutrinadores espanhóis como Martin-Casallo López ²³⁰ ressenete-se das omissões legais acerca desta matéria intrigante e das indefinições quanto ao sentido preciso de expressões-chave, como “dados pessoais”. Embora o Código Penal espanhol seja omissivo no tocante aos pontos levantados, uma

²²⁷ Ibidem, p. 25-26.

²²⁸ Ibidem, p. 25-26.

²²⁹ BENSOUSSAN, M. G. A. **L’Informatique et le Droit**. 1. ed. tome II. Paris: Hermès, p.1001-1002.

²³⁰ MARTIN-CASALLO LÓPEZ, J. J. (org.) **Problemática Jurídica en Torno al Fenómeno de Internet**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

disposição legal, a *Directiva 28*²³¹ àquele texto prevê que os dados pessoais são “*toda información sobre una persona física identificada o identificable*”. A identificação de uma pessoa, direta ou indiretamente, dá-se com o emprego de vários elementos específicos sobre sua identidade, quer sejam físicos, fisiológicos, psíquicos, econômicos, sociais ou culturais²³².

É válida também a elucidação feita por VADILLO²³³ a respeito da questão da delinqüência informática e da preocupação com segurança pública, já que apenas nos Estados Unidos as consternações com o terrorismo são tamanhas que cerca de 67% das empresas monitoram seus funcionários, não obstante quase metade deles considerem isso uma séria violação ética²³⁴.

De maior interesse, pelo grau potencial de lesividade, é a criminalidade informática no âmbito econômico, dado que os possíveis prejuízos podem ser catastróficos. Há três zonas às quais se dirige tal forma de criminalidade: a patrimonial, a de espionagem e a da intimidade das pessoas. No que tange ao objeto da presente dissertação, cumpre acrescentar que, para o referido autor, é nesta última zona – a da vida íntima – é que se deve centrar a gravidade do problema²³⁵. As possíveis soluções seriam diversas, desde a proposta do modelo francês, acima exposta, como também se podem cogitar medidas alternativas, cujo conteúdo será minudenciado em etapa mais oportuna do presente trabalho.

Na Inglaterra, foi aprovada uma lei pelo Parlamento, conhecida como *Regulation of Investigatory Powers – RIP*²³⁶, autorizando o monitoramento de *e-mails* e telefonemas no âmbito da esfera de trabalho por parte dos empregadores. A vigência desta lei data de outubro de 2000 suscitou desde o princípio uma celeuma sobre possíveis violações dos direitos humanos acobertadas por tal dispositivo legal, discussão tal que se estendeu para países como Rússia, Holanda e África do Sul²³⁷.

²³¹ Ibidem, p. 34.

²³² Ibidem, p. 38.

²³³ Ibidem p. 16. A obra do citado autor é **Tratamiento de la Delicuencia Informática**, Ed. Poder Judicial, nº especial 9.

²³⁴ A fonte foi extraída do artigo Monitoramento de E-mail no Ambiente de Trabalho, de Marcelo Oliveira Rocha, publicada na **Revista Mercados & Negócios**, pp. 3-40. O artigo ainda tece outras considerações do governo norte-americano com a questão do terrorismo, que resultou no *Mobilization Against Terrorism Act*, que ampliou o poder de fiscalização e vigilância das autoridades governamentais quanto ao conteúdo de informações veiculadas via internet.

²³⁵ Cf. Mesmo trecho da obra de Vadillo.

²³⁶ Cf. Informações extraídas também do referido artigo, Monitoramento de E-mail.

²³⁷ Ibidem.

A Lei de Proteção de Dados de 1988, “Data Protection Act”, do Reino Unido, estabelece que o empregador pode monitorar os e-mails dos empregados quando houver reais necessidades, devendo ser aplicados de forma razoável e não ofensiva.

A polêmica foi robustecida pelos grupos de debate sobre os direitos humanos nos Estados Unidos, visto que o monitoramento de mensagens eletrônicas feriria o *right to privacy*, expressamente protegido na legislação ianque pela Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas²³⁸ (ECPA, conforme a sigla em inglês).

Através do *Electronic Communication Privacy Act*, reformulado em 1986, as comunicações havidas por meio eletrônico, inclusive por intermédio de computador, como pertencentes à esfera da privacidade do indivíduo. Tal entendimento teve respaldo em precedente norte americano caso Katz X USA²³⁹.

O monitoramento da correspondência eletrônica, de correios de voz e outras maneiras de comunicação à distância são práticas correntes na realidade norte-americana, embora haja muitas razões em matéria legal para a oposição a tais medidas sob pena de se perpetuarem as flagrantes violações aos direitos humanos. Na realidade, instrumentos de trabalho à disposição do empregado exigem o devido emprego, mediante prévia ciência pelo empregado de que o conteúdo eletrônico deve ser estritamente profissional, elidindo qualquer expectativa de privacidade pelos empregados, conforme cediço entendimento tanto nos Estados Unidos, como na Inglaterra²⁴⁰, onde vigora a tradição do *common law*.

Estudos divulgados pela revista “*American Management Association*” demonstrou que 67% das companhias americanas monitoram eletronicamente seus empregados de alguma forma; que no ambiente de trabalho com acesso a internet, 87% das pessoas usam o correio eletrônico para assuntos que não relacionados ao trabalho²⁴¹.

Para Lei de Proteção de Dados Austríaca de 2000 o empregador somente poderá monitorar e-mails dos empregados através do consentimento do destinatário, através de contrato individual de trabalho ou de acordos coletivos.

Na França, no ano de 2001, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que o empregador não pode interceptar os correios eletrônicos dos empregados ou ler correio

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ CALVO, Adriana. Nota 172 supra.

²⁴⁰ Ver nesse sentido o julgado perante o TST, RR 613/00.7, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 10.06.2005.

²⁴¹ CALVO, Adriana. nota 172 supra.

eletrônico pessoal, inclusive nos casos em que o empregador tenha proibido o uso do computador para fins pessoais, com base no direito de privacidade previsto na Constituição Francesa e em caso símile, julgado em 1995 quando a empresa Nikon demitiu empregado, alegando justa causa por ele ter usado computador e tempo de trabalho para fins pessoais²⁴².

Diversos são os textos constitucionais na América Latina que contém artigos para resguardar o sigilo de correspondência, em coro com as próprias disposições constitucionais brasileiras. A exemplo disso, há a recente Constituição Federal equatoriana de 1998, cujo art. 23, item 13, prevê a inviolabilidade de correspondência, assim como as Constituições chilena, com semelhante conteúdo em seu art. 19, item 5; colombiana (promulgada em 1991), em seu art. 15; e finalmente, peruana (promulgada em 1993), cujo art. 10 assegura o segredo e a inviolabilidade de correspondência²⁴³. A recentíssima Lei Magna boliviana²⁴⁴, de 1999, repete o exemplo verificado nos demais textos constitucionais em seu art. 48, fazendo coro à tradição sul-americana de salvaguardar os direitos fundamentais com esteio na Lei Magna.

Por fim, cabe ressaltar que um ponto comum a todos esses textos constitucionais é a determinação de que qualquer tipo violação ou interceptação de correspondências e demais formas de telecomunicação exigem ordem judicial motivada do juiz, apenas para casos previstos em lei.

Seria adequado, portanto, asseverar que apenas o cumprimento estritamente necessário de um princípio fundamental às contemporâneas ordens democráticas, como é o caso do princípio da legalidade, poderia justificar liminarmente o afastamento de um direito fundamental, como é o direito à privacidade.

De fato, a perspectiva das correntes jurídicas que sustentam restrições à plena inviolabilidade da esfera de privacidade parece ser motivada por questões penais surgidas pela realidade das violências e guerras contemporâneas. Na Europa em geral e nos Estados Unidos, paira a constante vigilância contra os iminentes atos de terrorismo, ao passo que em países como o Brasil e noutros lugares da América Latina, a motivação está ligada de

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*.

alguma forma à prevenção das diversas formas de criminalidade. Conforme expôs Wiener²⁴⁵, a lei atua:

[...] como controle ético aplicado à comunicação e à linguagem enquanto forma de comunicação, especialmente quando tal aspecto normativo esteja sob o mando de alguma autoridade suficientemente poderosa para dar às suas decisões o caráter de sanção social efetiva.

Para os casos em que não se impõe a necessidade de repressão a condutas ilícitas, sobretudo criminosas, há diversas decisões que privilegiam o direito à privacidade, em detrimento de outros direitos, o direito de propriedade do empregador sobre os meios de produção, conforme decisão proferida pela Corte de Cassação francesa, nº W 99-42.942, com supedâneo no art. 8º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²⁴⁶. Determinara-se uma hierarquização de valores constitucionais protegidos, sobrepondo-se ao direito de propriedade um dos direitos humanos fundamentais, o direito à intimidade.

D’outra banda, outra especialista em direito penal brasileiro, Ivette Senise Ferreira²⁴⁷, alerta que o campo da criminalidade eletrônica, tipificado no Código Penal pátrio nos artt. 151-4, situando-se da violação de correspondência, à violação de segredo e de segredo profissional, colide com as disposições constitucionais que protegem a esfera de privacidade do indivíduo.

Mais ainda, determinadas formas mais atuais de criminalidade eletrônica, assim consideradas pelo grau de lesividade social que acarretam, não encontram, contudo, devida tipificação penal no sistema jurídico pátrio, mesmo que outros países já estejam avançados

²⁴⁵ Trecho extraído do artigo escrito por Newton de Lucca, mencionando o referido doutrinador europeu em Títulos e Contratos Eletrônicos. O Advento da Informática e seu Impacto no Mundo Jurídico. In: DE LUCCA, N. e SIMÃO FILHO, A. **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 35.

²⁴⁶ Ver Empregador Pode Monitorar E-Mail de Empregado? Não, por Jorge Luiz Souto Maior, artigo para o Jornal do Advogado – Ano XXXI – nº 299, out/2005. Trata-se do caso *Décision* nº 4164, October 2, 2001 (99-42.942).under *Nikon v. Onof* (fonte:: www.epic.org/privacy/workplace). A decisão é controversa, posto que há entendimentos doutrinários que se opõe à referida decisão pretoriana, mormente sob o argumento de que o empregado, beneficiado pelo salário, deve ter a boa execução de suas atividades monitoradas pelo empregador. Nesse sentido, posiciona-se Jean-Claude Patin, *La Surveillance des Courriers Électroniques par L’Employeur* (fonte é a mesma citada acima): “La surveillance des salariés par les employeurs est une vieille marotte qui alimente de façon régulière les contentieux devant les conseil de prud’hommes et autres chambres sociales. Contrairement à beaucoup d’idées reçues, il n’existe pas d’interdiction absolue ou, à l’inverse, de droit absolu dans ce domaine. L’article 9 du Code civil pose le principe selon lequel " Chacun a droit au respect de sa vie privée ", l’application de ce principe n’étant pas diminuée par le lieu où s’exerce cette vie privée. Le salarié bénéficie de la protection de l’article 9. Toutefois l’employeur, qui est le cocontractant du salarié, doit pouvoir contrôler la bonne exécution du travail confié. De ce conflit d’intérêt naît l’obligation de définir précisément ce qui relève de la vie privée et ce qui est contrôlable par l’employeur”.

²⁴⁷ A Criminalidade Informática. p. 222. In DE LUCCA, Op. cit. nota 195 supra.

nessa matéria. Para Ivette Senise Ferreira²⁴⁸, a interceptação ilegítima de comunicações consiste em:

[...] captar abusivamente, para qualquer fim, informações contidas num sistema autorizado de dados, por meio de dispositivos mecânicos, acústicos, eletromagnéticos etc. [...] no momento em que se efetua, sem o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores.

Á guisa de esclarecimentos ulteriores, cumpre salientar que no Brasil, a experiência histórico-política registrou até hoje um fracasso de todos os projetos e anteprojetos apresentados para melhor solucionar essa questão controversa, o resguardo do direito à intimidade, a exemplo do Anteprojeto de Código Penal²⁴⁹, com reforma da Parte Especial, em seu art. 155, prevendo o tipo penal de violação do direito à intimidade e cominando uma pena respectiva. De qualquer maneira esse projeto parece atinar à doutrina de Ulrich Sieber²⁵⁰, defensor da privacidade dos dados do computador. Estes representam uma parte da esfera formal de privacidade e segredo. O acesso, alteração, supressão ou inutilização desses dados poderiam ser diferentemente tipificados²⁵¹.

5.4 A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A QUESTÃO

O pensamento sedimentado pelas correntes doutrinárias no Brasil confirma a tese ora postulada. Não cabe pensar em violação de direitos fundamentais do empregado, principalmente a intimidade e privacidade, nem tampouco se admite violação do sigilo de correspondência.

É idéia cediça entre os julgadores que a proteção de direitos fundamentais recai sobre as mensagens pessoais, já que as corporativas devem estar sob fiscalização do empregador, como uma decorrência direta do pleno exercício do poder diretivo, ou seja, trata-se de uma prerrogativa de que ele dispõe garantida pela própria CLT, tendo em mira a

²⁴⁸ A Criminalidade Informática. p. 222. In DE LUCCA, Op. cit. nota 195 supra.

²⁴⁹ Ibidem, p. 224.

²⁵⁰ Ibidem, p. 224.

²⁵¹ Ibidem, p. 224.

produtividade laboral, a imposição da disciplina no ambiente de trabalho e a gestão prudente das atividades exercidas por seus subordinados.

Mais ainda, cabe reconhecer que o envio ou recebimento de mensagens eletrônicas normalmente é exercida pelo empregado no computador da empresa, de modo que o empregador não apenas deve controlar a atividade desenvolvida pelos seus empregados, como também zelar pela exposição de seus equipamentos eletrônicos, dado o fato de que a rede mundial de computadores é assolada por vírus, entre outros programas que pirateiam dados ou eliminam informações. Pretende-se, por conseguinte, coibir que se use de maneira arbitrária e/ou indevida os computadores no ambiente de trabalho.

Nesse sentido, aparece na esteira das decisões pretorianas uma ampla gama de julgados que corroboram a defesa do direito de fiscalização do empregador sobre as atividades do emprego. O monitoramento de mensagens eletrônicas atua não somente como uma maneira de coibir o emprego indevido dos computadores e das ferramentas eletrônicas disponíveis, mas também como uma decorrência do poder diretivo, na imposição da devida disciplina e de estruturação organizacional da empresa.

Assim, tomem-se como exemplos os seguintes julgados:

DANO MORAL. DESCABIMENTO. MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO DE TRABALHO DO EMPREGADO.

Não constitui violação à intimidade e à privacidade do empregado, bem como ao inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a ensejar a indenização por dano moral, o monitoramento, por parte do empregador, do correio eletrônico de trabalho do empregado, porquanto este procedimento está inserido dentro do seu poder de direção e fiscalização, que disponibiliza o referido instrumento para que o empregado o utilize na persecução dos fins da organização, não constituindo direito do obreiro a utilização de forma arbitrária dos instrumentos de trabalho que lhe foram confiados.

[...]

De qualquer modo, conforme afirma o Julgador a quo, monitorar instrumentos de trabalho, como telefone, computador, internet, máquina fotocopadora dentre outros está dentro dos poderes de direção e fiscalização do empregador, que disponibiliza tais instrumentos para o empregado a fim de vê-los usados na persecução dos fins organização. Não constitui direito do empregado usar arbitrariamente os instrumentos de trabalho que lhe foram confiados, mas sim dentro dos limites e necessidades estabelecidos pelo empregador.” (RO-V nº 07547.2004.001.12.00.9, 3ª Turma, TRT 12ª Região/ SC, Rel. Juiz Gracio Ricardo Barboza Petrone, j. 03.11.2005).

É importante ressaltar que o entendimento jurisprudencial da matéria toma em consideração outros aspectos, além daqueles referentes à tutela de direitos constitucionais dos empregados, uma vez que o direito de propriedade, igualmente protegido na esfera

constitucional pelo empregador também merece a devida acolhida. A jurisprudência pátria tende a reconhecer que o equipamento físico composto pela unidade de processamento de dados (comumente referida com a sigla estrangeira CPU) e demais itens acessórios, assim como as ferramentas disponíveis como mensagens eletrônicas e as telas de navegação são de propriedade (física, no primeiro caso, e intelectual, no segundo) do empregador, e não do empregado, pelo que não caberia tolerar o uso indiscriminado desses bens, desvirtuando-lhes a finalidade.

Com relação a este aspecto de direito de propriedade a ser resguardado, vale citar o seguinte julgado:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Autora, médica especializada, criadora e responsável pelo site da Faculdade Evangélica de Medicina do Paraná (FEMPAR) quanto à informática médica que, por iniciativa própria, fez constar seu endereço eletrônico como contato da instituição, a fim de que o público em geral acessasse a página da faculdade pudesse enviar sugestões, críticas e dúvidas. Rescisão do contrato de trabalho. Violação de correspondência eletrônica. Inocorrência, tendo em vista que a conta de e-mail (caixa postal), apesar de constar no nome da autora, na verdade não lhe pertencia, mas sim à própria instituição. Utilização indevida do nome da autora nas páginas do site 35 (trinta e cinco) dias após a rescisão do seu contrato de trabalho. Inocorrência. Dano moral não caracterizado. [...] (TAPR – AC 0275795-9 (222443) – Curitiba – 1ª. C. Civ. – Rel. Juiz Ronald Schulman – DJPR 26.11.2004).

Portanto, é imperioso sublinhar que os equipamentos físicos e os correios eletrônicos e telas de navegação, por pertencerem ao pólo patrimonial do empregador, devem ser regidos pelas regras que ele impõe, não cabendo ao empregado ao bel prazer desvirtuá-las ou abertamente afrontá-las.

É preciso ainda tomar em consideração o poder diretivo, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, e a questão da responsabilidade civil que recai sobre o patrão pelos atos dos seus funcionários, nos termos do art. 932, III, do Código Civil de 2002, principalmente quanto ao uso de ferramentas eletrônicas que vinculam o nome da empresa, a exemplo do e-mail corporativo.

O aconselhamento jurisdicional se inclina pelo espelhamento das circunstâncias fáticas sub judice em precedentes jurisprudenciais, pelo exame cauteloso das provas que instruem o feito trabalhista e pelo alerta quanto ao princípio da proporcionalidade, dada a necessidade de sopesar os inúmeros valores jurídicos, inclusive de supedâneo constitucional:

A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio de proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail corporativo não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar excessivo prejuízo ao empregador. [...] Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. TST, RR 613/00.7, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 10.06.2005.

É freqüente entre os julgados colhidos a orientação pretoriana no sentido de reconhecer a demissão por justa causa de empregados que empregam indevidamente os meios eletrônicos, quer para terem acesso a material pornográfico, conduta incompatível com a sobriedade exigível no ambiente de trabalho, quer por apresentarem ação potencialmente lesiva à empresa, no repasse de informações sigilosas, na divulgação de segredos industriais, comprometendo o exercício de controle diretivo pelo empregador.

A Lei nº 9296/96, art. 1º, em seu parágrafo único, realizou a equiparação das mensagens eletrônicas com as comunicações telefônicas, gozando ambas, se pessoais, da mesma proteção constitucionais. Portanto, pode haver a quebra do sigilo das mensagens eletrônicas pessoais, contanto que previamente justificadas por determinação judicial, para fins de prova em processo judicial.. Orientação diversa, cabe apontar, recai sobre as mensagens corporativas. A jurisprudência estabeleceu nítida distinção entre ambas, de modo que estas últimas não usufruem o mesmo grau de proteção constitucional, mas se amoldam às exigências do mundo corporativo, permanecendo sob constante vigilância do empregador, o qual pode valer-se destes dados inclusive para fins judiciais, a título de elemento probatório.

EMENTA: Não se constitui prova fraudulenta e violação de sigilo de correspondência o monitoramento pelo empregador dos computadores da empresa. E-mail enviado a empregado no computador do empregador e relativo a interesses comerciais da empresa não pode ser considerado correspondência pessoal. Entre o interesse privado e o coletivo, de se privilegiar o segundo. Limites razoáveis do entendimento do direito ao sigilo. Apelo provido.

[...]

Assim, o desfecho da lide está circunscrito a se decidir se o empregador pode, ou não, utilizar a correspondência negocial, não a privada, existentes no local de trabalho, na defesa de seus interesses. E se a abertura de um computador da empresa se constitui em quebra de sigilo de correspondência. Entendo que pode ser usado e que não se constitui quebra de sigilo. Até porque a rigor, tanto o

computador como os assuntos nele armazenados eram de propriedade da Reclamada” (TRT/SP, 2ª. Região, RO n° 02771200326202004, Rel. Dr. Plínio Bolívar de Almeida).

A ressalva feita em alguns julgados é a ciência do empregado, sendo indispensável que ele tenha consciência dos limites que lhe são expostos no regulamento da empresa quanto ao uso dos computadores. Não parece haver nenhum tipo de restrição legal a empresas que adotam políticas mais liberais, no sentido de permitirem livre uso dos computadores, apresentando-se o problema nos casos em que não figura tamanha liberalidade no ambiente laboral. A previsão contratual, nesse tocante, revela-se essencial, devendo-se valer de quaisquer outros meios legítimos para que o empregado tenha ciência dos seus limites quanto ao uso dos computadores, face ao princípio da primazia da realidade que norteia o Direito do Trabalho.

E-MAIL. LIMITES. USO CORPORATIVO E PESSOAL. PODER EMPREGATÍCIO. DISCIPLINA. CONSEQÜÊNCIAS INTRA-CONTRATUAIS. PUNIÇÃO.

[...] O cidadão comum, o empregado, o dirigente, o empresário, não há quem não possua (ou não queria possuir) um correio eletrônico e dele não faça uso várias vezes ao dia, seja em sua residência, na empresa, no colégio, na faculdade ou em lan-houses. No ambiente empresarial, computador destina-se à prestação de serviços, que, como qualquer outro instrumento de trabalho, por natural e costumeira concessão da empregadora, via de regra, também pode ser utilizado racionalmente para fins pessoais, sem prejuízo ao bom andamento dos serviços. [...] Todavia, nada impede que a empregadora vede essa prática, deixando de modo claro e expresso, verbalmente ou por escrito, para os empregados que é proibido o uso do computador da empresa, dentro ou fora do horário de expediente, para fins pessoais. Nessas condições, se o empregado desobedece e acessa a internet ou o seu e-mail pessoal em computador da empresa, independentemente do conteúdo da mensagem, estará praticando ato de insubordinação ou de indisciplina, dependendo da natureza do comando, se genérico ou pessoal. O importante é que o empregado esteja ciente dos limites do uso do computador” (TRT, 3ª Região, 4ª. Turma, Rel. Dr. Luiz Otavio Linhares Renault, RO n° 00997.2005.030.03.00.6, DJMG 13.05.2006).

[...] Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal, quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal [...]” (TST, RR n° 61320000131000, 1ª. Turma, Ministro Dr. João Oreste Dalazen, DJ 10.06.2005).

São válidas essas mesmas observações para outras formas de comunicação, sobretudo a telefônica, dado o paralelismo técnico e legal que se estabeleceu com a equiparação da correspondência eletrônica à correspondência telefônica e a outras formas de comunicação (Lei n° 9296/96, art. 1º, parágrafo único):

MONITORAMENTO DE LIGAÇÕES PARTICULARES NO ÂMBITO DA EMPRESA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O monitoramento das ligações particulares dos empregados, principalmente daqueles que trabalham com telemarketing, com o conhecimento destes (conforme prova oral), insere-se dentro do poder diretivo do empregador. Indevida, portanto, indenização por danos morais a tal título, mesmo porque a autora não comprovou o abuso deste poder por parte da reclamada, sendo que as testemunhas não relatam qualquer fato que pudesse ocasionar dano moral à autora (TRT, 3ª. Região, 8ª. Turma, Rel. Dra. Cleube de Freitas Pereira, RO nº 01049.2005.014.03.00.9, DJMG 11.02.2006).

De maneira minoritária, figuram algumas decisões jurisprudenciais que entendem não serem admissíveis exceções quanto às várias formas de correspondência atualmente existentes. Todas elas estariam açambarcadas pelos princípios constitucionais da intimidade e do sigilo de correspondência, ambos cristalizados, respectivamente, nos incisos VIII e XI do art. 5º da Carta Política de 1988. Mesmo que o envio ou o recebimento da mensagem eletrônica se dê em computador da empresa, não subsistem ainda assim flexibilizações daqueles preceitos constitucionais.

Parece possível inferir, a partir da análise desta corrente pretoriana minoritária, que não há nenhuma norma de natureza contratual trabalhista que possa flexibilizar a regra jurídica de respeito à intimidade e ao sigilo de correspondência (este último caso equivalente à vedação de escuta telefônica, esta freqüentemente repudiada pela jurisprudência). Nem mesmo o direito à propriedade de que goza o empregador sobre os computadores pode afetar a amplidão daqueles princípios constitucionais, não se olvidando que o endereço eletrônico é de propriedade do empregado.

A referida tese é confirmada no acórdão a seguir:

Justa causa. E-mail não se caracteriza como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, VIII). Um único e-mail, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido. (TST/SP, 2ª Região, 6ª. Turma, RO nº 2000034734-0, Relator Dr. Fernando Antonio Sampaio da Silva).

Em adição ao já exposto, cabe ressaltar que a interceptação do fluxo de telecomunicações de natureza telemática ou informática (equiparadas no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9296/96), nessa mesma esteira jurisprudencial, é bastante restrita e extrapola o campo trabalhista. Em verdade, admite-se que haja uma flexibilização das garantias constitucionais de tutela à intimidade e ao sigilo de correspondência em pouquíssimas hipóteses, cuja estreiteza aparece insculpida nos pressupostos legais fixados

no referido texto legal. Ainda assim, não são todas as formas de comunicação à distância que permitem a quebra em seu sigilo. Na realidade, de acordo com alguns juristas, apenas a comunicação telefônica, enquanto se processa, admitiria tal exceção, e ainda assim, com lastro em fundamentada ordem judicial para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal.

Extrai-se este conhecimento que parece contrariar considerável parcela das decisões pretorianas a partir de algumas fontes jurisprudenciais, a exemplo do mandado de segurança (processo nº 251, classe II, acórdão nº 17.096, Relator Dr. Otávio Roberto Pamplona) impetrado perante o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, cuja ementa é:

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA. QUEBRA DE SIGILO DE CORREIOS ELETRÔNICOS (E-MAIL). ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CORRESPONDÊNCIA. SISTEMA DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA. INCLUSÃO DO CONCEITO.

[...]

O assunto constitui, pois, objeto de acentuada divergência doutrinária, principalmente no que se refere à situação em que estariam enquadradas, no texto constitucional, as comunicações em sistema de informática e telemática. Indaga-se se estariam compreendidas no conceito de “comunicações telefônicas” em sentido amplo, tendo tal diferenciação significativas implicações no campo prático.

Isto porque, na redação do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, podem ser encontrados quatro objetos jurídicos distintos, sejam, o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Relativamente aos três primeiros, há entendimento doutrinário bastante forte no sentido de que o sigilo é absoluto, não se admitindo violação, nem mesmo por decisão judicial. No que concerne, porém, às comunicações telefônicas, a garantia é relativa, visto que o texto constitucional, expressamente, excepciona a sua violação, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal.

A indagação segundo a qual se questiona o porquê de ser a conversa telefônica a única exceção aparece satisfeita na doutrina, que entende ser necessário, nos estritos casos previstos, realizar a quebra, posto que a comunicação telefônica é a única realizada pela via verbal, não deixando vestígio quanto ao conteúdo da mensagem ou à identidade dos interlocutores, ou seja, o telefonema é marcado pela instantaneidade, conforme assevera Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁵². O autor adverte:

²⁵² Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, **Caderno de Direito Tributário e de Finanças Públicas**, nº 1, pp. 146-147. O referido artigo se presta, por sinal, à

É apenas possível, a posteriori, verificar qual unidade de telefônica ligou para outra. A gravação de conversa telefônica por meio chamado ‘grampeamento’ é, pois, uma forma sub-reptícia de violação do direito ao sigilo da comunicação, mas, ao mesmo tempo, é a única forma tecnicamente conhecida de preservar a ação comunicativa.²⁵³

Portanto, sem se deixar de sublinhar a importância curial deste debate, disseminase a controvérsia no seio jurídico sobre a questão da tutela ao direito constitucional à intimidade e ao sigilo de correspondência, em que figuram como forma o sigilo de dados informáticos. Ainda que a maioria dos julgadores pátrios entenda admissível que o empregador, *verbi gratia*, possa, com respaldo em seu direito de propriedade ou como decorrência do poder diretivo, fiscalizar as correspondências corporativas de seus subordinados, existe uma corrente doutrinária e pretoriana que se opõe a essa idéia, pelos argumentos ora tecidos, o que permite edulcorar a discussão em tela, posto que semelhantes conflitos jurídicos merecem detida atenção.

A tais preocupações sobre a questão constitucional de inviolabilidade da correspondência eletrônica, aparece na jurisprudência trabalhista, fazendo coro a essa linha de pensamento, a idéia de que os direitos dos trabalhadores não podem curvar-se de maneira subserviente aos novos paradigmas do mercado de trabalho. Ao contrário, caberia ao Direito do Trabalho impor limites ao poder diretivo, legitimamente conferido ao empregador, para que não se subtraia um papel fundamental àquela disciplina, a de salvaguardar a cidadania do trabalhador:

[...] ‘numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais’ do Direito do Trabalho, inclusive o princípio da proteção, o vigor dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas empresas poderá traduzir ‘um antídoto para emancipar o contrato de trabalho’ de sua excessiva subordinação à economia, permitindo que essa disciplina recupere seu papel de assegurar a auto-realização do empregado como cidadão.²⁵⁴

fundamentação do referido *writ*, processo nº 251, classe II, acórdão nº 17.096, Relator Dr. Otávio Roberto Pamplona, impetrado perante o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

²⁵³ Ibidem, p. 209.

²⁵⁴ O referido texto, de autoria de Miguel Rodríguez-Piñero, **Costituizione, diritti fondamentali contratto di lavoro**, é fundamento jurídico presente no RO, processo nº 313/97, Relatora Dra. Dês. Alice Monteiro Barros, 2ª. Turma).

6 CONCLUSÃO

Muitas são as modificações verificadas ao longo da história no trabalho, como fenômeno social e como meio de subsistência, com maior ênfase recentemente, no Direito do Trabalho, como ramo autônomo que pretende regulamentar um dos campos mais fundamentais da vida humana, em especial aquelas relativas aos avanços tecnológicos vivenciados nos ambientes de trabalho atuais.

A evolução dos valores sociais, sobretudo daqueles relacionados à dignidade humana, impulsionou as mudanças verificadas nas legislações, principalmente nos textos constitucionais no século XX, tendo por base o pensamento jurídico-filosófico cristalizado pela teoria crítica, voltada à denúncia das contradições entre o sistema capitalista e os modos de reprodução da vida material que ele deflagra, responsáveis pela manutenção de condições degradantes de existência de milhões de trabalhadores no mundo inteiro. Apesar das reformas legislativas que visam coibir abusos na realidade do trabalho, a escravidão e outras formas escorchantes de dominação do capital humano são realidades ainda presentes, deflagradas não só pelas mazelas do capitalismo, mas também pela informalidade do trabalho e pela inoperância do Estado de bem-estar social.

Em outra análise, a difusão de informações e a celeridade dos mecanismos de funcionamento da realidade empresarial são alguns dos benefícios observados pela Revolução Tecnológica deste último século, permitindo que as antigas modalidades contratuais de trabalho, se não caírem em desuso, ao menos dividirão este cenário com novas formas de organização do trabalho, a exemplo do exaustivamente mencionado teletrabalho e das diferentes roupagens do *telecommuting*. Considerando-se todos estes aspectos, somados à crise estrutural do sistema capitalista, fez-se necessária reação correspondente na seara jurídica, não apenas no campo legislativo.

O esforço do presente trabalho consiste em absorver as reflexões contemporâneas sobre este problema social, agravado sensivelmente pelo desmantelamento das legislações trabalhistas, e propor alguns mecanismos para entendimento da questão. Mais especificamente, as lacunas legislativas acerca da matéria de direito eletrônico motivaram as presentes assertivas sobre a questão do monitoramento das mensagens eletrônicas pelo empregador. Trata-se de questão capital inserida no bojo da discussão fomentada,

principalmente porque as mensagens eletrônicas, assim como as outras novas tecnologias de computador, tendem a imiscuir-se com maior intensidade na vida pessoal e profissional das pessoas.

Nesse sentido, impende considerar, primeiro, que nunca se poderiam admitir retrocessos doutrinários ou legislativos, a ponto de se olvidarem as conquistas históricas do Direito do Trabalho, consubstanciadas no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988 e pelos demais textos legais que versam sobre esta matéria. O Direito do Trabalho é um direito social, portanto, goza da salvaguarda constitucional contra movimentos discriminatórios ou cerceadores de alguma maneira. Da mesma forma, os direitos fundamentais da intimidade (privacidade), presentes no artigo 5º da Lei Magna, também açambarcados em direitos constitucionais como o sigilo de correspondência (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal), são limites a serem respeitados, mesmo porque a conciliação entre capital e trabalho não significa abolir sumariamente direitos constitucionais, ligados à esfera individual da privacidade ou à esfera trabalhista.

Ressalta-se, também, que existe para o empregador a necessidade de proteção de seu patrimônio e, do mesmo modo, o poder diretivo é um direito legitimamente concedido pela CLT, permitindo-lhe controlar a atividade desenvolvida na empresa. É preciso concluir, pois, que existe uma necessidade de construir o equilíbrio entre as necessidades empresariais, como imposição das vicissitudes do sistema capitalista atual, a proteção dos direitos fundamentais do ser humano e, particularmente, do trabalhador. Qualquer movimento que comprometa este equilíbrio geraria um elemento potencialmente destrutivo para a realidade de trabalho, quer sob o prisma empresarial, quer sobre o prisma humano.

Observa-se, ainda, uma sutil presença do âmbito pessoal no ambiente de trabalho advinda da flagrante revolução dos meios de comunicação e tecnologia, gerando a necessidade de uso de ferramentas de trabalho para fins pessoais. Porém, essa utilização deve ser feita com a observância de regras mínimas de uso e de convivência, estabelecidas pelas partes, evitando não só abusos na utilização, como também prejuízos às empresas e preservando o conteúdo das mensagens, como forma de salvaguardar a dignidade do trabalhador, seu direito à inviolabilidade de correspondência e privacidade.

Assim, respeitados os limites constitucionais de preservação da privacidade do trabalhador, com a devida proteção de sua esfera íntima (incluindo-se as mensagens eletrônicas pessoais), é possível garantir que o empregador, munido do poder diretivo realize o controle da atividade empresarial, verificando a existência ou não do uso irregular

de ferramentas eletrônicas, em especial do *e-mail* corporativo, por intermédio de meios tecnológicos menos invasivos, tais como programas de monitoramento, sempre com a devida previsão contratual, bem como, através de constantes informes *pop up's* na tela do computador, alertando das conseqüências e coibindo a prática de atividades impróprias ao trabalho, à difusão de informações sigilosas, entre outros possíveis casos que possam comprometer a condução produtiva da empresa.

A árdua tarefa dos juristas hodiernos, no que tange a matéria proposta neste trabalho é, portanto, detectar esta deficiência objetivando a elaboração de normas, regramentos bem como estudos doutrinários mais aprofundados para a resolução destes transtornos, tão presentes na realidade atual das relações de emprego. A expectativa fomentada com este trabalho é que o ineditismo daqueles que já se debruçaram sobre este tema acarrete um futuro menos desesperançado para os trabalhadores, com maior lucidez, preservando à dignidade do empregado no enfrentamento das questões constantemente lançadas na era digital.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BACELLAR, Margareth de Freitas. **O direito do Trabalho na Era Virtual**. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA NETO, José Henrique. **Palestra proferida no 1o fórum de Debates Jurídicos Via Internet realizado na Universidade Luterana do Brasil**. ULBRA, Canoas, RS. Disponível em: <http://www.juridica.com.br/Apres_Artigo.asp?CodArtigo=38>.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Aurélio Wander. **A Constituinte Burguesa**, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

BELMONTE, A. A. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

BELTRAN, Ary Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2.002.

_____. Globalização e direito do trabalho: a livre circulação dos trabalhadores. In ARRUDA PINTO, Roberto Parahyba. (Org.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**: homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo: LTr, 2005.

BENSOUSSAN, M. G. A. **L'Informatique et lê Droit II**. 1. ed. Paris: Hermès,

CALVO, Adriana Carreira.. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente do trabalho Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/246>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

CARNAVAN, Fernando Leone. **Tutela dos Direitos da personalidade no Direito do Trabalho**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAUPERS, João. **Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985.

CIFUENTES, S. **Derechos Personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. **Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Edipro, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. O Poder Empregatício. In OLIVEIRA NETO, A. E.; TOLEDO COELHO, L. A. **Direito à Intimidade e à Privacidade: E-mail do Empregado, Revista do TRT da 8a. Região**, Belém, v. 36, nº 71.

DO VALLE, Regina Ribeiro. **E-Dicas: O Direito na Sociedade de Informação**. São Paulo: Câmara Net, 2005.

DURAND, P E JAUSSAUD, R. **Traite de Droit du Travail**. Paris: Dalloz, 1947. v. 1.

ERCÍLIA, Maria. A Internet. **Coleção A Folha Explica**. São Paulo: Publifolha, 2000.

_____. **Nua internet surveys**. Disponível em: <<http://www.nua.ie>> Acesso em: 09 out. 2000.

FERRAZ JUNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.”, **Caderno de Direito Tributário e de Finanças Públicas**, nº 1, pp. 146-7. O referido artigo se presta, por sinal, à fundamentação do referido writ, processo nº 251, classe II, acórdão nº 17.096, Relator Dr. Otávio Roberto Pamplona, impetrado perante o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e Garantias Individuais**. São Paulo: EDIPRO, 1997.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica**. São Paulo: LTr, 2001.

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista. In SOUZA, J. **Democracia Hoje**. Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea. Brasília: Editora UnB, 2001.

FROSINI, Vittorio. **Informatica, diritto e società**. 1. ed. Milano: Giuffrè, 1998.

GERHARDT, Roberta Coltro. **Relação de emprego, internet e futuro: uma perspectiva crítica em âmbito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2002.

GONÇALVES, Sergio Ricardo Marques. **In Jus Navegandi**. E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa? Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>

HONNETH, Axel. **Luta pelo Reconhecimento** (Kampf um Anerkennung). Tradução L. Repa. 1. ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HORKHEIMER, Max. Tradizionale und kritische Theorie. In: **Teoria Tradicional e Teoria Crítica**. São Paulo: Victor Civita 1980. Coleção Os Pensadores.

JARDIM, Carla Carrara Silva. O Teletrabalho e suas Atuais Modalidades, São Paulo, LTr, 1a ed., 2004.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho I**. 3. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Júris, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

LÓPEZ, Juan José Martín-Casallo. (org.) **Problemática Jurídica en Torno al Fenómeno de Internet**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

LUGARESI, Nicola. **Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti**. Milano: Giuffrè, 2000.

LYNCH, Daniel C. **Dinheiro digital: o comércio na Internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

MAGANO, Octávio Bueno. Do Poder Diretivo da Empresa. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, Rio de Janeiro, Forense, Vol. XII.

_____. **Do poder diretivo da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. In Pinto, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2005.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Marco Antônio Machado Ferreira de. **A tecnologia, direito e a solidariedade em direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Fundação Boiteux, 2000.

MESQUITA, Luiz José de. **Direito Disciplinar do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1991.

MINHOTO, Laurindo Dias e MARTINS, Carlos Estevam. As redes e o desenvolvimento social. **Cadernos FUNDAP**, nº 22, 2001.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORON, Fernanda de Almeida. **A Internet e o Direito**. Disponível em: <http://www.juridica.com.br/Apres_Artigo.asp?CodArtigo=23> Acesso em: 12 nov. 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo, LTr, 2005.

NOBRE, Marcos. **Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano e TOLEDO COELHO, Luciano Augusto. Direito à Intimidade e à Privacidade: e-mail do Empregado. **Revista do TRT da 8ª. Região**, Belém, v. 36, nº 71.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Brasil: **Interceptação do Correio Eletrônico**. Disponível em: in <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/55-2.asp>>.

PAMPLONA FILHO, R. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro. **Revista do TST**, Brasília, v. 70, nº 1, jan.-jul. 2004.

_____. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro. Brasília, **Revista do TST**, Brasília, v. 70, nº 1, jan.-jul. 2004.

PINTO, Roberto Parahyba Arruda (Org.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**: homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo: LTr, 2005.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet**. Aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “era informatizada”. 1 ed. São Paulo: EUD, 2005.

_____. Monitoramento de e-mail no ambiente de trabalho. **Revista Mercados & Negócios**.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVEIRA NETO, Antônio; LOBATO DE PAIVA, Mário Antônio. A Privacidade do Trabalhador no Meio Informático. Rio de Janeiro, **Revista Trabalhista Direito e Processo**, Rio de Janeiro, Forense, Vol. 11.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2.000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Empregador Pode Monitorar E-Mail de Empregado? Não, **Jornal do Advogado**. Ano 31, n. 299, out. 2005.

SOUZA, Mauro César Martins. **E-mail (... net) na relação de emprego**: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado. **Revista LTr**. São Paulo. v.64. n. 7, julho de 2.000.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. 2. ed. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2005.

TEMER, Michel. **Internet**: aspectos legislativos e aspectos jurídicos relevantes, São Paulo: EDIPRO, 2000.

TERRA, Ricardo Ribeiro. **Passagens**: estudos sobre a filosofia de Kant. Rio de Janeiro, ed. UFRJ, 2003.

VADILLO, Ruiz. **Tratamiento de la Delicuencia Informática**. Ed. Poder Judicial, nº especial 9.

VIDE, C. R. **Derecho de la Persona**. Barcelona, J. M. Bosch, 1998.

WARREN, Samuel, BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**., Tradução Pendás e Balsega. 1. ed. Madrid: Civitas, 1995.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho**: uma forma alternativa de emprego. São Paulo, LTr, 1a ed., 2005.