

3. Artigos

3.1. AS TECNOLOGIAS INFORMACIONAIS NAS EMPRESAS: os conflitos trabalhistas decorrentes da monitoração das comunicações.

Rosane Leal da Silva¹

Marcelo Barroso Kümmel²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Novos cenários para a atuação empresarial: da sociedade pós-industrial à sociedade informacional; 2 Os novos conflitos trabalhistas decorrentes do uso das tecnologias informacionais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa alguns aspectos relacionados à adoção das tecnologias da informação e comunicação nas empresas, especialmente no que tange à utilização da Internet por parte dos empregados e os possíveis conflitos que esse uso produz em face do exercício do poder diretivo do empregador, que lança mão de meios de monitoramento de seus empregados.

Este tema é complexo e recorrente, pois seu enfrentamento envolve, de um lado, o conflito entre os direitos fundamentais do empregado, notadamente sua liberdade de comunicação e expressão e sua intimidade, vez que o controle de suas comunicações via e-mail e de seu acesso à web, feito pelo empregador, pode violar direitos garantidos constitucionalmente e, de outro, o direito de o empregador zelar pelo cumprimento do contrato de trabalho, dirigindo a atividade de seus subordinados, pelo controle da destinação e do emprego dos equipamentos de trabalho, de propriedade da empresa. E em que pese este não ser o único problema decorrente da incorporação das tecnologias nas empresas, somente este aspecto já evidencia o quanto o assunto suscita interrogantes para o mundo jurídico, cuja racionalidade, construída na modernidade, encontra dificuldades para responder a conflitos típicos da sociedade informacional. Sua recorrência, por outro lado, se revela no crescente número de ações que têm aportado no Poder Judiciário, em que empregados ou ex-empregados buscam a reparação por danos morais praticados por seus empregadores que, fazendo uso do aparato tecnológico, vigiam suas comunicações e interações no ambiente virtual.

Para o seu desenvolvimento buscou-se amparo no método dialético, pois o tema é permeado por contradições, colocando de um lado as vantagens advindas da incorporação das tecnologias informacionais e de sua utilização na empresa e, de outro, os aspectos negativos que seu uso pode

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria e do Centro Universitário Franciscano, ambos em Santa Maria (RS) e pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UNIFRA e do Núcleo de Estudos Sociais e Jurídicos da Criança e do Adolescente (NEJUSCA), na UFSC. Coordenadora do Projeto *Os direitos fundamentais em face das novas tecnologias: desafios e perspectivas de proteção na pós-modernidade*, financiado pela UNIFRA, onde se insere parte desse estudo. E-mail para contato: rosaneleals@terra.com.br.

² Pesquisador. Professor de Direito do Trabalho do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria (UNIFRA). Mestre em Integração Latino-americana pela UFSM e Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Integra o Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, do Curso de Direito da UNIFRA. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 4ª Região. E-mail: marcelo.kummel@trt4.jus.br.

acarretar, notadamente quando vulneram direitos fundamentais dos empregados. Sobre essa base metodológica, o trabalho é apresentado em duas partes: 1) inicialmente são apontados alguns elementos que evidenciam a transição da atividade empresarial da sociedade pós-industrial à sociedade informacional, caracterizada pela interpenetração do informacional em vários segmentos, momento em que são elencados pontos e contrapontos da utilização das tecnologias no âmbito da empresa; 2) na sequência, são identificados novos conflitos ocorridos no ambiente de trabalho em virtude da utilização do aparato tecnológico por parte de empregados e empregadores, colacionando-se alguns julgados que evidenciam as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário Trabalhista na resolução dos conflitos dessa natureza. Para tanto, selecionaram-se julgados proferidos nos últimos doze meses, delimitando-se a pesquisa precipuamente no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, onde foram lançados os termos de busca *e-mail*, *Orkut* e *msn*. Aliado a esses casos, analisou-se o inteiro teor dos acórdãos citados pelos autores consultados, o que foi feito para ilustrar as ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho.

1 NOVOS CENÁRIOS PARA A ATUAÇÃO EMPRESARIAL: da sociedade pós-industrial à sociedade informacional.

O desenvolvimento e a crescente utilização das tecnologias da informação e comunicação têm apresentado novas oportunidades e riscos, determinando um período histórico marcado por inúmeras mudanças no modo de produção econômica e de interação social.

As transformações iniciadas no século XVIII, quando se inaugurou a sociedade industrial, e que permaneceram até meados do século XX, ao darem sinal de esgotamento, significaram bem mais do que o deslocamento da economia baseada na produção de bens, com ênfase no setor secundário, para a valorização de informações e de serviços ofertados pelo setor terciário. Junto com essa mudança, novos atores e instituições assumiram posição de destaque, como aconteceu com os institutos de pesquisa e grandes empresas de comunicação de massa e os recursos, que outrora se baseavam nas matérias-primas, passaram a centrar-se na inteligência, no conhecimento, com a valorização da criatividade e das informações. Dava-se início à transição da sociedade industrial para a pós-industrial, o que exigiu novas carreiras profissionais, conduzindo à emergência de profissionais liberais, técnicos e cientistas ligados à indústria do lazer e da tecno-estrutura, que passaram a se destacar em áreas marcadas pelo uso de recursos como eletrônica, informática e tecnologias intelectuais³.

O advento das tecnologias, em especial as informacionais, produz vários impactos na forma de atuação das empresas, que passam a contar com equipamentos que além de dinamizarem as comunicações, ainda permitem grande fluxo de informações.

Esse processo, também impulsionado pelos interesses do capital, coloca em marcha a economia voltada ao imaterial, conferindo destaque aos serviços e informações, o que promove uma série de mudanças, tanto nas atividades empresariais quanto na vida das pessoas, determinando novas formas de comunicação e interação social que não registram precedentes históricos. Essa verdadeira revolução foi identificada por muitos autores como responsável pelo surgimento da sociedade da informação. Outros, por sua vez, entendem que já se deu um passo à frente e que as mudanças provocadas pela interpenetração das informações em várias esferas da vida humana foram tão profundas a ponto de originar a sociedade informacional.

Com efeito, embora muitos pesquisadores empreguem tais conceitos como sinônimos, cada expressão tem seu sentido próprio e neste trabalho será empregada a expressão sociedade informacional, cunhada por Castells⁴, um dos poucos autores que oferece clara distinção conceitual entre sociedade da informação e sociedade informacional, sustentando que "O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade", o que segundo ele não chega a se constituir em novidade, já que a informação desempenhou historicamente um papel bastante

³ DE MASI, Domenico. A sociedade pós-industrial. In: _____ (Org.). *A sociedade pós-industrial*. 3. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000, p. 48-49.

⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1, p. 64-65.

importante, inclusive na Europa Medieval. O termo informacional, para ele, “[...] indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder [...]”.

Não resta dúvida de que as novas condições tecnológicas, sobretudo o desenvolvimento da Internet constituíram-se o motor da sociedade informacional. Conforme sustentado por Wachowicz⁵, esse período é marcado pela celeridade dos avanços tecnológicos e pela convergência da informática, das telecomunicações e do audiovisual. Sustenta que grande parte desse processo é impulsionada pela Internet, que se apresenta como um canal de informação por excelência.

O grande diferencial do período é a expansão do conceito de informação, que passa a abranger a voz, a imagem, os dados em formato digital e as manifestações culturais que são comercializadas. A convergência das novas tecnologias, com inovadoras formas de uso conferiram redobrado impulso à atuação do segmento empresarial e industrial, e oportunizaram inéditos usos na área produtiva.

Como em nenhuma outra época, as pessoas puderam ter contato direto com uma gama crescente de informações consultadas diretamente, sem a necessidade de intermediadores, o que lhes conferiu maior autonomia de escolha. Conforme destacado por Lévy⁶, a informática, desenvolvida nessa quadra da história, possibilita digitalizar as informações, armazená-las, tratá-las automaticamente, transportá-las e colocá-las à disposição do usuário final, o que antes não acontecia. Nesse sentido, são inegáveis as vantagens abertas às empresas, oportunizando a produção de informações, seu arquivamento seguro e transmissão instantânea, reduzindo o tempo de trabalho e otimizando as rotinas no âmbito da organização empresarial.

Além do contato direto com os repertórios de informações, por meio da Internet é possível o contato e interação direta entre gestores e empregados, permitindo a realização de reuniões e colóquios virtuais. Segundo Lévy⁷, o dispositivo comunicacional o ponto de destaque das novas tecnologias da sociedade informacional, provocando substancial alteração na relação entre os participantes, pois “O ciberespaço torna disponível um dispositivo comunicacional original, já que ele permite que comunidades constituam de forma progressiva e de maneira cooperativa um contexto comum (dispositivo *todos-todos*)”. Disso resulta a possibilidade de realização de conferências eletrônicas, troca de mensagens, textos e informações entre os participantes de um dado grupo, colocando em marcha a inteligência coletiva, o que pode contribuir para o desenvolvimento da empresa.

Castells⁸ destaca o potencial da Internet para transformar as relações empresariais, o que pode acontecer por mudanças em sua administração e em seu processo de produção e distribuição de produtos e serviços, atingindo também a relação da empresa com seus fornecedores, consumidores e demais empresas que atuam no setor. Assim, o uso adequado desta tecnologia pode conduzir ao incremento dos negócios e ao surgimento de inúmeras empresas que operam com sucesso, dentro e fora do ambiente virtual.

O ambiente virtual também é largamente utilizado pelas empresas para divulgar os seus produtos ou serviços, o que pode ser feito pelo envio de mensagens publicitárias diretamente para o e-mail do consumidor e pela sua inserção em comunidades de internautas, a exemplo do *Orkut*, onde é possível observar os comentários e o grau de satisfação dos adquirentes dos bens que produzem. Outra estratégia de penetração é o envio de amostras dos produtos a determinados *blogueiros* que se destacam no segmento e que diante do expressivo número de acessos acabam formando uma legião de seguidores, que não hesitam em adquirir os produtos e serviços sugeridos pelo dono do *blog*.

⁵ WACHOWICZ, Marcos. Los paradigmas de la sociedad de la información y el derecho informático. In: _____ (Coord.). *Propriedade intelectual e Internet*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 37-41.

⁶ LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999, p. 33.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 63.

⁸ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 56.

No que tange especificamente na relação empregado/empregador, deve-se salientar, de forma preliminar, que as contribuições dependerão da postura assumida pelos atores implicados na relação de emprego. Dessa forma, o uso das tecnologias tanto pode se reverter em maior interação e participação dos empregados na gestão da empresa, melhorando os fluxos informacionais entre superiores e subordinados e otimizando rotinas, o que teoricamente reverteria em menos trabalho ao empregado e, conseqüentemente, mais lazer; quanto pode servir para precarizar ainda mais a situação do trabalhador, produzindo aumento do trabalho, acumulação de funções em razão da redução do quadro de funcionários, bem como podem ensejar a violação de direitos fundamentais do empregado pelo monitoramento e controle das comunicações realizadas no ambiente virtual.

Aliado a isso, os empregados precisam desenvolver novas habilidades para operar com tecnologias que apresentam inovações constantes, o que importa em rever velhas rotinas de trabalho (que são substituídas por novos fluxos), substituir profissões, que rapidamente ficam obsoletas diante das tecnologias, enfim, desaprender o *modus operandi*, pois como ensina Del Arco⁹, "[...] la idea de desaprender significa de hecho el triunfo de una clase de competencias sobre otras, de una clase de saber sobre otro, de una clase de cultura sobre otra y, probablemente, de un principio de estratificación sobre otro" ¹⁰.

As tecnologias informacionais oferecem potencial para que se empreenda uma verdadeira revolução organizacional nas empresas, o que, conforme Lojkine¹¹, exige que se dê um tratamento reflexivo e criador à informação, que não pode ser vista de forma estandarizada ou estandarizável. Para ele, as possibilidades oferecidas pela informática vão muito além da estocagem e da circulação de informações codificadas e só serão bem aproveitadas se os processos informacionais em curso nas empresas contribuírem para decisões mais horizontalizadas, marcadas pela interpenetração da produção material e dos serviços, em que saberes e habilidades se complementam.

Apesar desse potencial, na sociedade informacional convivem organizações marcadas pela centralização e hierarquia, e outras que funcionam com estrutura de redes. De acordo com Del Arco¹², enquanto as primeiras se caracterizam pela presença de normas que objetivam estabelecer e garantir os tradicionais processos e fluxos de trabalho e concentram o conhecimento e o poder nas pessoas que detêm o controle empresarial, a segunda forma de organização se notabiliza pela existência de espaço de normas, valores e conhecimentos compartilhados. As práticas horizontalizadas facilitam tanto o contato interno entre seus membros, quanto externo à empresa, por meio do qual se capta conhecimento e ideias para implementar o fazer empresarial.

Assim, quer a análise recaia sobre aspectos sociais e culturais, quer a abordagem privilegie aspectos políticos ou econômicos, há inegáveis transformações e vantagens pelo uso das tecnologias da informação e comunicação, tornando o período atual dotado de ricos elementos de análise.

Não obstante esses e outros benefícios, não há como ignorar que o desenvolvimento tecnológico na área informacional revela inúmeras situações conflituosas, especialmente se consideradas as práticas de vigilância adotadas por muitos empregadores, que passam a monitorar as comunicações, manifestações e comportamentos do empregado no ciberespaço, conforme será visto no próximo item.

2 OS NOVOS CONFLITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DO USO DAS TECNOLOGIAS INFORMACIONAIS.

O trabalho como conhecido hoje, fator de produção em um contrato, onde o empregado vende sua força por um salário, sem se apropriar do resultado de seu trabalho (*trabalho por conta alheia*),

⁹ DEL ARCO, Javier. *Ética para la sociedad red*. Madrid: Editorial DYKISON, 2004, p. 88.

¹⁰ Em livre tradução dos autores: A ideia de desaprender significa de fato o triunfo de uma classe de competências sobre outras, de uma classe de saber sobre outro, de uma classe de cultura sobre outra e, provavelmente, de um princípio de estratificação sobre outro.

¹¹ LOJKINE, Jean, *op. cit.*, p. 109.

¹² DEL ARCO, *op. cit.*, p. 75.

surge após a Revolução Industrial. O desenvolvimento da indústria fez com que surgisse uma nova classe de trabalhadores, denominada proletariado. Estes trabalhadores, no contexto da Revolução Industrial, enfrentaram péssimas condições de trabalho, com jornadas de 14 a 16 horas de trabalho por dia, ambientes insalubres que geravam os mais variados tipos de acidentes, habitações subumanas, normalmente próximas ao local de trabalho ou com ele se confundindo. Especialmente os trabalhadores que labutavam nos setores mineiro e metalúrgico eram os mais atingidos, pois sua saúde era consumida dia a dia, sem que percebessem. Quando as doenças desenvolviam-se, o trabalhador era afastado do trabalho sem qualquer garantia¹³. Estavam sujeitos ao risco do trabalho, sem dele se aperceberem.

É nesse contexto, como forma de reação à crescente precarização do trabalho, que surge o direito do trabalho. É o Estado que acaba por intervir para estabelecer condições mínimas de trabalho, após as muitas manifestações, greves e conflitos patrocinados pelos trabalhadores em busca de garantias. O direito do trabalho dá o salto de qualidade com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, para atender à “[...] necessidade de uma regulamentação internacional das condições de trabalho [...]”, conforme Kümmel¹⁴. A partir daí, o direito do trabalho desenvolveu-se paripasso com o crescimento da economia mundial, atingindo seu ápice nas épocas de pleno emprego.

Somente no fim da década de 60, no século passado, é que o direito do trabalho volta a enfrentar inimigos. Esgota-se o padrão de desenvolvimento fordista, iniciado após a Segunda Guerra, que, segundo Oliveira, citado por Busnello¹⁵ “[...] possibilitou um círculo virtuoso entre investimento, produção, renda e consumo.”. A estagnação, inflação e desemprego, que caracterizou uma crise estrutural no desenvolvimento econômico, foi agravada pela crise do petróleo¹⁶, no início da década de 70, que encareceu sobremaneira a produção, fazendo com que as empresas buscassem a redução dos custos, novas formas de produzir, de aumentar a produção e comercializar seu resultado.

É nesse momento que o fenômeno da globalização é essencial para a reestruturação das empresas, em busca de novas formas de produzir mais com menos recursos. Embora não fosse fenômeno novo, a globalização permitiu o avanço tecnológico, especialmente das comunicações, a liberalização do comércio, a derrocada do comunismo, a transformação do capital produtivo em capital especulativo¹⁷, retirou o poder do Estado de controlar o que ocorre em seu espaço territorial, o que ampliou as fronteiras da empresa, agora transnacional. O resultado desse processo é uma alta modernização e tecnologização da empresa, em busca de máxima produção com menor número de trabalhadores. Aqueles que permanecem, devem submeter-se às condições “flexíveis” de trabalho, o que precariza as condições de trabalho. O risco, que nasceu com o trabalho, retorna e agrava-se, de forma invisível e quase imperceptível, em face da incorporação de novas tecnologias no ambiente das empresas.

E em que pese a regulação construída ao longo do século XX, observa-se que o desenvolvimento tecnológico oferece novos problemas que têm desafiado esse ramo do Direito, dentre eles os derivados da crescente utilização das tecnologias informacionais nas empresas, especialmente quando esse uso é feito pelo empregado e monitorado pelo empregador, muitas vezes sem a ciência do primeiro.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2003.

¹⁴ KÜMMEL, Marcelo Barroso. *As Convenções da OIT e o Mercosul*. São Paulo: LTr, 2001, p.77.

¹⁵ BUSNELLO, Ronaldo. Reestruturação produtiva e flexibilização dos direitos trabalhistas. In BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Reestruturação produtiva, desemprego no Brasil e ética nas relações econômicas*. Ijuí (RS): Editora da UNIJUI, 2000, p. 14.

¹⁶ BUSNELLO, Ronaldo, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

Nesse novo contexto, Rocha¹⁸ sustenta que as “[...] relações de trabalho da atualidade refletem as alterações surgidas no meio produtivo, levando ao questionamento de conceitos clássicos, principalmente pela necessidade de adaptação das relações de trabalho ao mundo da informação.”. Essas transformações são constantes e profundas, já que as tecnologias informacionais podem ser utilizadas para várias finalidades, tanto pelo empregador, quanto pelo empregado.

Rocha¹⁹ sustenta que o uso das tecnologias informacionais no ambiente de trabalho não está apenas revolucionando as relações trabalhistas, mas a própria concepção do seu objeto, conduzindo ao questionamento de conceitos clássicos, tais como do poder diretivo do empregador.

Tratando do assunto, Hainzenreder Júnior²⁰, explica que “Etimologicamente a palavra poder está vinculada à ideia de chefia, consiste em fazer os outros agirem de forma pretendida pelo emissor da vontade”. Esse exercício assegura ao empregador a gestão da atividade empresarial e do contrato do trabalho, editando as normativas internas de funcionamento da empresa. Para cumprir esse desiderato, muitos empregadores se valem dos recursos tecnológicos de comunicação para o monitoramento do local e das atividades profissionais, utilizando-as como meio de controle e vigilância irrestrita dos funcionários, o que pode inclusive extrapolar o ambiente de trabalho, alcançando comunicações e informações lançadas pelo empregado em redes sociais de relacionamento.

Com efeito, o monitoramento e o controle sobre atos dos empregados têm sido recorrentemente praticados pelas empresas no Brasil. Conforme pesquisa realizada pela Consultoria Americana Manpower, existente no mercado há mais de 60 anos e há dez no Brasil, 55% das organizações empresariais brasileiras têm alguma política formal de monitoramento do acesso às mídias sociais, contra apenas 29% na média global²¹.

Outra situação bastante usual é o monitoramento do e-mail corporativo disponibilizado pela empresa, feito com o objetivo de coibir o uso abusivo do correio eletrônico pelo empregado, que tanto pode desviá-lo do cumprimento de tarefas inerentes ao contrato de trabalho, como também pode causar problemas à empresa, em razão do teor das comunicações, as quais podem violar direito de terceiros, atingidos pelo uso de equipamentos de propriedade daquela empresa e que identifica o destinatário da mensagem.

Considerando o fato de a empresa ficar sujeita a responder civilmente pelo ato de seu empregado que, valendo-se dos seus equipamentos de trabalho, violar direitos de terceiros, alguns autores, dentre eles João Carlos Leal Júnior, Paola Maria Gallina e Valkíria Aparecida Lopes Ferraro²², defendem que o empregador estaria autorizado a monitorar o que é feito, já que tem a propriedade dos bens usados pelo empregado, respondendo diante de terceiros pelos seus atos. Apesar de alguns consensos, não há unanimidade, pois se argumenta que a vigilância só pode ocorrer se estiver expresso no contrato de trabalho, pois do contrário, o direito ao sigilo das comunicações e à intimidade, ambos garantidos constitucionalmente no artigo 5º, incisos X e XI, seriam prejudicados.

Outros doutrinadores, como Correia de Mello²³, sustentam tese totalmente contrária, defendendo que o monitoramento do conteúdo do e-mail por parte do empregador viola os direitos

¹⁸ ROCHA, Marcelo Oliveira. *Direito do trabalho e internet: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era informatizada”*. São Paulo: Universitária de Direito Leud, 2005, p. 231.

¹⁹ ROCHA, Marcelo Oliveira, *op. cit.*, p. 231.

²⁰ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 62.

²¹ MANPOWER INC. *Employer Perspectives on Social Networking: Global Key Findings*. People/Technology. Milwaukee (Estados Unidos): Manpower Inc., 2010. Disponível em: <<http://www.manpower.com>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

²² LEAL JÚNIOR, João Carlos; GALLINA, Paola Maria; FERRARO, Valkíria Aparecida Lopes. *Considerações acerca do monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho no Brasil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/62/3862/>>. Acesso em: 30 out. 2009.

à intimidade e à privacidade do empregado, já que o seu conteúdo deve apresentar assuntos particulares que não dizem respeito ao funcionamento da empresa.

Em decisão proferida em setembro de 2009, nos autos do Recurso Ordinário 00007-2007-010-04-00-1, relatado pela Juíza convocada Maria da Graça R. Centeno, a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região negou provimento ao recurso de trabalhador despedido por justa causa, apesar de aprovado em concurso público, por entidade de fiscalização profissional considerada como "autarquia federal atípica". O comportamento ensejador da dispensa foi, conforme trecho da ementa do acórdão,

Utilização habitual de e-mail corporativo para o envio de mensagens de cunho pessoal, ou não relacionada com o trabalho, não obstante ciência de norma interna vedando o procedimento. Despedida não discriminatória, haja vista a prova de que os colegas que se utilizavam desse expediente o faziam com menor frequência.

Na mesma linha, a decisão proferida em 10 de junho de 2009 pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos autos do Recurso Ordinário 01043-2008-352-04-00-0, relatado pelo Desembargador João Pedro Silvestrin, que manteve a justa causa aplicada ao trabalhador pelo uso inadequado das ferramentas informacionais colocados à sua disposição para o trabalho. Pode-se ver em trecho do voto:

É certo que o reclamante se utilizou das ferramentas virtuais colocadas à sua disposição para fins particulares. São diversas as mensagens eletrônicas juntadas aos autos, endereçadas a pessoas estranhas à empresa, anexando fotografias pessoais ou tratando de assuntos não pertinentes ao empregador. Há, ainda, prova bastante de que o e-mail do reclamante era utilizado para tratar de assunto alusivo a uma outra atividade por ele desempenhada, qual seja, de representação e distribuição de erva mate produzida em Lajeado. O reclamante também fazia uso do sistema de comunicação MSN, uso este que se pode considerar abusivo, quando se verifica que uma única conversa com pessoa que se denomina "Ponto Credi" perdurou das 10h48min às 14h04min.

A segunda posição acima noticiada também aparece no cotidiano da Justiça do trabalho. Em sentença proferida pelo juízo da 13ª Vara do trabalho de Brasília, foi revertida justa causa aplicada pela empresa por ter o empregado enviado fotos pornográficas utilizando-se do e-mail da empresa. A decisão foi fundamentada no artigo 5, XII, da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade da correspondência, tendo sido considerado que o conjunto de provas, sobre os fatos que levaram à justa causa, estava contaminado, pois o acesso ao e-mail foi realizado de modo ilegal²⁴.

Caso de grande repercussão na Justiça do Trabalho, relativo ao uso indevido dos recursos tecnológicos, foi o da Seguradora HSBC. No primeiro grau, entendeu o magistrado pela violação da correspondência, não sendo admitida a prova, por ilícita. Em recurso ao TRT da 10ª Região, a sentença foi reformada por unanimidade, sendo reconhecida a legalidade do monitoramento, e admitido o seu uso como prova. O TST manteve o acórdão do TRT, admitindo o monitoramento por parte do empregador, desde que de forma "moderada, generalizada e impessoal", explicando que o endereço eletrônico é de propriedade da empresa, como um instrumento de trabalho, sendo que apenas atividades relacionadas à empresa devem ser realizadas através dele, embora o relator

²³ CORREIA DE MELO, Bruno Herrlein. Aspectos jurídicos da fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 973, 1 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8014>> . Acesso em: 26 out. 2009.

²⁴ REZENDE, Bruno Titz de. Constitucionalidade do monitoramento de email. *Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 4, n. 176. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1238>> . Acesso em: 2 out. 2007.

acrescente que o uso do e-mail, de forma comedida, para fins particulares, deve ser admitida, observando-se sempre a moral e os bons costumes²⁵.

Situação diferente ocorre, no entanto, quando o monitoramento é feito em e-mail pessoal do empregado, pois nesse caso o entendimento é de que este é de propriedade exclusiva do empregado e o acesso desautorizado ao seu conteúdo, além de se referir à sua intimidade, não guarda nenhum interesse à empresa, já que deve dizer respeito apenas à vida pessoal do empregado²⁶.

As divergências doutrinárias se justificam em face da crescente construção de teses, ora em favor do empregado, ora na defesa dos interesses do empregador que monitorou os dados e comunicações dos seus empregados, o que acaba fomentando o debate. Com efeito, são frequentes as situações e conflitos na relação empregado/empregador em razão da alegação de violação dos direitos fundamentais do empregado, especialmente a intimidade.

Ao analisar os argumentos, constata-se que são comuns as confusões conceituais, havendo quem trate indistintamente intimidade e privacidade por confundir os dois âmbitos de proteção, quem trate de maneira segmentada e quem ofereça uma visão unificada deles, em decorrência da violação ocorrer no ambiente virtual, que captura e retira do usuário o poder de autodeterminação informacional.

Pereira²⁷, por exemplo, é um dos expoentes da corrente que adota a distinção entre esses direitos, afirmando que a intimidade se relaciona à esfera mais reservada da pessoa, ligando-se às emoções, pensamentos e ideias que devem ser mantidas numa zona nuclear de proteção. O direito à privacidade, por sua vez, abarca aspectos da convivência familiar e de um pequeno grupo de amigos, referindo-se a rotinas, hábitos de consumo, acordos e negociações realizadas dentro de um círculo que embora ainda seja limitado de pessoas, se mostra mais amplo se comparado ao núcleo da intimidade. Para este autor, a privacidade está mais exposta a condicionantes culturais e sociais do que a intimidade, o que leva a variações do seu conteúdo e à dificuldade em determinar o âmbito e o alcance desse direito.

Santos²⁸ é outro autor que separa os direitos fundamentais referentes à pessoa em segmentos distintos. Para ele, o direito à honra, à intimidade pessoal e privacidade familiar, direito à própria imagem e ao segredo das comunicações integram a esfera privada, pois oferecem à pessoa um campo de autonomia própria. Na outra senda encontra-se os direitos e liberdades de âmbito público, como o direito à comunicação livre, que envolve a liberdade de expressão e direito à informação. Para ele, o direito à honra se liga aos predicados que se atribui à pessoa, envolvendo as razões subjetivas e o aspecto objetivo ou consideração de terceiros. É a opinião que os outros têm sobre determinada pessoa e o ataque ocorre pelo desmerecimento, expressões de descrédito e de menosprezo. O direito à intimidade pessoal e familiar envolve o conteúdo negativo (direito de não ser molestado em sua esfera íntima) e positivo (autodeterminação e controle sobre fatos da vida privada).

Enquanto alguns autores segmentam o tratamento dos direitos fundamentais, outros, como Pérez Luño ²⁹, abordam o tema a partir de uma visão integrada, que privilegia seu *status* positivo social e tomam a pessoa em acepção ampla. Para ele, é preciso ultrapassar as concepções que serviram de base para o Estado Liberal, quando bastava a assunção de postura negativa por parte do Estado para que os direitos fundamentais dos cidadãos fossem satisfeitos. Se no seio do Estado

²⁵ MOREIRA, Camila Monego. *O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Monografia de graduação. Orientada por Marcelo Barroso Kümmel. Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano. Santa Maria, 2008, p. 36.

²⁶ LEAL JÚNOR; GALLINA; FERRARO. *Op. Cit.*

²⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá, 2006.

²⁸ SANTOS, José Manuel Vera. Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. In: MEXÍA, Pablo García (director). *Principios de derecho de Internet*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch: 2005, p. 190-198.

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

Social já se pleiteava postura ativa do ente estatal, essa exigência se amplia no momento em que os direitos fundamentais são compreendidos na dimensão coletiva e social, a partir da qual sua satisfação só pode ocorrer junto às demais pessoas, o que de um lado reclama o respeito por parte dos demais particulares e, de outro, o reconhecimento da liberdade e do controle de fluxo informacional por parte do titular.

De acordo com sua teoria, esses direitos fundamentais não podem ser vistos a partir de classificações que operam a segmentação de seu conteúdo em esferas apartadas, como visto acima, e a superação da visão clássica que separa imagem, honra, intimidade e privacidade, é motivada, segundo ele, pelo desenvolvimento tecnológico, em especial pelo emprego das tecnologias da informação e comunicação, que produzem verdadeira interpenetração de esferas jurídicas antes abordadas separadamente. Diante deste novo e desafiante contexto tecnológico, sustenta que os titulares de direitos precisam ter autodeterminação informacional, protegendo sua intimidade a partir do direito de defesa e de controle sobre o fluxo de dados pessoais, na esteira da qual os demais direitos (honra e imagem) também estariam protegidos³⁰.

Essa situação ganha mais complexidade quando o empregador faz uso das tecnologias informacionais para investigar as manifestações dos trabalhadores em comunidades virtuais ou em *blogs*, valendo-se de dados publicizados fora do ambiente do trabalho e em espaço virtual, para justificar a não contratação de um candidato a emprego e, até mesmo, para impor represálias e despedidas a seus empregados. O que se verifica nesse caso é a interpenetração das esferas público-privado, característica da sociedade informacional.

Embora difíceis de chegar ao Poder Judiciário situações exemplificativas da primeira hipótese (investigação da vida "pregressa" do candidato a emprego), nos demais casos a situação é comum. Exemplo do que se afirma é a decisão no Recurso Ordinário 00341-2007-662-04-00-3, relatado pela Desembargadora Denise Maria de Barros, julgado em 11 de dezembro de 2008 pela 4ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, onde o empregador despediu o trabalhador por justa causa, em razão de suas manifestações no site de relacionamentos Orkut, contrárias à empresa, no âmbito de comunidade do tipo "eu odeio a empresa tal" (mais tarde, conforme informação presente no processo, retirada do ar por decisão da justiça estadual). Colhe-se do julgado parte da manifestação do trabalhador, que foi trazida ao processo e aceita como prova (nome da empresa suprimida para sua preservação):

"abuso

trabalho na xxxxxxx mas estou junto com vcs ,aqui na empresa é uma discriminação para os funcionários, regime de quartel só pensam em dar mais trabalho, aumentar a tarifa comprar imóveis na cidade e região ,só pra saberem elas tem em passo fundo mais de 50 imóveis, em cambúriu vários apartamentos e quem pagou isso pra elas foi nós os usuarios , aqui não tem diferença de passagem nas linhas , por ex= pegar ônibus na são cristóvão e vim até o centro é 1,60 por que não cobram 1,00 pos não usei a linha toda fazer local de compra de passagens nós embarques como em Curitiba poie é gente vamos nos unir e tirar está empresa de nossa cidade vamos se unir com os fúnsionarios que estão desanimados com tanto robo no nosso povo vamos lá jáaaaaaaaaa.

24 Fev (5 dias atrás)"

Em face da ofensa grave da honra e da boa fama da empregadora, com intenção de provocar dano patrimonial (ato de improbidade), foi reconhecida a justa causa com base nesta prova, conforme se vê da ementa do julgado:

EMENTA: Justa causa. Caso em que há comprovação suficiente de que o autor integrava comunidade do site "Orkut" da internet, criada com o propósito de hostilizar a empresa reclamada. Recurso desprovido.

³⁰ Op. cit., p. 335-339.

Outra decisão, proferida no Recurso Ordinário 00080-2005-013-04-00-0, relatado pelo Juiz convocado Ricardo Martins Costa, da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, e julgado em 20 de outubro de 2005, reconheceu a justa causa, em inquérito para apuração de falta grave, de empregado amparado por estabilidade provisória decorrente da condição de representante dos empregados na CIPA e membro do Conselho Fiscal do respectivo sindicato profissional. Em seu Orkut, a reclamada colheu várias manifestações de alunos da escola empregadora, que agradeciam e enalteciam as “colas” reproduzidas e plastificadas pelo reclamante, operador de fotocopiadora na biblioteca do estabelecimento de ensino, para uso ilícito nas provas escolares. Registre-se que as páginas do Orkut trazidas ao processo foram corroboradas pela prova testemunhal, de maneira a justificar plenamente no processo a despedida por justa causa. Assim ficou ementada a decisão:

EMENTA: INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. MAU PROCEDIMENTO. Hipótese em que o empregado, ao concorrer à fraude de exames escolares, incorreu em mau procedimento, assim dando ensejo à violação positiva do contrato e à quebra de confiança indispensável ao seu prosseguimento.

É de se notar a pública exposição em que se colocaram tais empregados, facilitando a produção de provas pelo empregador para confirmar a justa causa. Nesse sentido, considerando a facilidade de acesso a estas páginas na internet, não há violação a direitos dos empregados, não carregando tais provas, entretanto, a certeza da autoria, constituindo-se indícios que devem ser corroborados por outros meios probatórios, como é a opinião de Cesário³¹:

Assim é que tais espécies probatórias se encaixam naquilo que a doutrina e a jurisprudência denominam como prova indiciária, clamando, pois, pela complementação emanada de outros elementos, como a prova oral, tanto na modalidade do depoimento pessoal quanto da oitiva de testemunhas.

Com efeito, o desenvolvimento tecnológico e as transformações sociais ocorridas na última metade do século XX tornaram mais porosos os limites entre a esfera pública e a privada, fazendo com que grande parte dos atos praticados nos locais reservados à intimidade ganhasse publicidade. Nesse novo contexto, muitas pessoas divulgam fotos, imagens, publicizam informações e fazem declarações no ciberespaço, que ficam expostos a qualquer outro internauta. Os problemas ocorrem quando o empregador recorre aos sites ou comunidades frequentadas pelo empregado para obter informações sobre a sua vida pessoal, tais como: a) se é “festeiro” e dado ao consumo de bebidas alcoólicas; b) seu centro de interesses; c) como se refere ao seu trabalho, o que inclui as manifestações de satisfação ou insatisfação com a empresa em que trabalha; d) manifestações de críticas aos seus superiores, dentre outros aspectos.

Essa nova forma de controle ou monitoramento feita pelo empregador suscita questionamentos sobre os limites de seus poderes, pois até que ponto aspectos manifestados fora do ambiente de trabalho e sem se valer dos equipamentos da empresa podem originar qualquer sanção ao empregado?

As decisões referidas não apontam uma solução única. Dada a novidade dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário trabalhista, não se verifica uma tendência única na análise do uso dos recursos tecnológicos no dia a dia das relações de trabalho. Por um lado podem prejudicar o empregado, quando este utiliza computador da empresa para acesso não autorizado a sites de relacionamentos, pornográficos ou salas de bate-papo (justa causa confirmada pelo relatório de acesso à internet³²); por outro podem ser considerados para reconhecer direitos aos trabalhadores,

³¹ CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 114.

³² Recurso Ordinário 01380-2008-403-04-00-5, relatado pela Desembargadora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, julgado em 25 de junho de 2009 pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

como a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, confirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em que o dano moral foi reconhecido por ter a filha da reclamada deixado recado no Orkut, ofensivo à honra e dignidade da empregada doméstica, tachando de malandragem o ajuizamento de ação trabalhista contra aquela³³.

As novas tecnologias, a par de revelar novas oportunidades e dinamizar o processo produtivo das empresas, criam novos espaços de conflitos, muitas vezes decorrentes do abuso do poder diretivo pelo empregador, mas também oriundos da superexposição a que se submetem as pessoas em sites de relacionamento, como *Orkut*, *Twitter*, *Youtube*, entre outros, inclusive nos horários de trabalho e com os equipamentos da empresa.

De qualquer forma, é necessário, como aponta Grasseli³⁴, observar os direitos da personalidade dos trabalhadores, preservando sua dignidade, pois o poder diretivo do empregador não pode extrapolar para abuso de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo deste trabalho, o emprego das tecnologias informacionais origina reflexos no processo de produção empresarial, oportunizando novas estratégias de inserção e de realização de negócios para as empresas, bem como introduzindo conflitos na relação de emprego que são típicos da sociedade em rede.

Dentre os novos conflitos destacaram-se os oriundos da monitoração das comunicações do empregado, feitas pelo empregador, o que envolve tanto aquelas realizadas no ambiente de trabalho, quanto às interações feitas em comunidades virtuais, como o *Orkut*, e levadas a efeito fora do horário do expediente. Questões dessa natureza envolvem, de um lado, direito à intimidade e à liberdade de expressão e comunicação do empregado, constitucionalmente assegurados e, de outro, o poder diretivo do empregador, garantido pela legislação trabalhista.

Essas situações recorrentemente têm aportado no Poder Judiciário, destacando-se, nesse artigo, decisões do Tribunal Regional do Trabalho, da 4ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho. Pelas decisões colacionadas restou claro que não há uma resposta única e que a matéria, ainda em fase de construção, comporta várias posições, o que evidencia a complexidade do tema. Com efeito, este tema exige o cotejo cuidadoso do tipo de uso realizado pelo empregado no ambiente de trabalho, o teor de suas manifestações, quando feitas fora da empresa, e a forma como o empregador exerce a fiscalização. A única certeza, por ora, refere-se à nova conflituosidade que emerge da relação de emprego em decorrência do uso das tecnologias informacionais, forçando o Direito e os seus operadores ao enfrentamento de questões típicas da sociedade em rede.

REFERÊNCIAS

BUSNELLO, Ronaldo. Reestruturação produtiva e flexibilização dos direitos trabalhistas. In BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Reestruturação produtiva, desemprego no Brasil e ética nas relações econômicas*. Ijuí (RS): Editora da UNIJUI, 2000, p. 11-33.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

CORREIA DE MELO, Bruno Herrlein. Aspectos jurídicos da fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 973, 1 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8014>> . Acesso em: 26 out. 2009.

³³ Recurso de Revista nº TST-RR-666/2008-153-03-00.0, relatado pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, julgado em 26 de agosto de 2009 pela 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

³⁴ GRASSELLI, Odete. *O direito derivado da tecnologia: circunstâncias coletivas e individuais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 113.

DEL ARCO, Javier. *Ética para la sociedad red*. Madrid: Editorial DYKISON, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

DE MASI, Domenico. A sociedade pós-industrial. In: _____ (Org.). *A sociedade pós-industrial*. 3. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000

GRASSELLI, Odete. *O direito derivado da tecnologia: circunstâncias coletivas e individuais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

HAENZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. *As Convenções da OIT e o Mercosul*. São Paulo: LTr, 2001.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; GALLINA, Paola Maria; FERRARO, Valkíria Aparecida Lopes. *Considerações acerca do monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho no Brasil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/62/3862/>>. Acesso em: 30 out. 2009.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

LOJKINE, Jean. *A Revolução informacional*. Traduzido por José Paulo Netto. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

MANPOWER INC. *Employer Perspectives on Social Networking: Global Key Findings*. People/Technology. Milwaukee (Estados Unidos): Manpower Inc., 2010. Disponível em: <<http://www.manpower.com>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

MOREIRA, Camila Monego. *O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Monografia de graduação. Orientada por Marcelo Barroso Kümmel. Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano. Santa Maria, 2008

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

SANTOS, José Manuel Vera. Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. In: MEXÍA, Pablo García (director). *Principios de derecho de Internet*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch: 2005, p. 189-246.

REZENDE, Bruno Titz de. Constitucionalidade do monitoramento de email. *Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 4, n. 176. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1238>>. Acesso em: 2 out. 2007.

ROCHA, Marcelo Oliveira. *Direito do trabalho e internet: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na "Era informatizada"*. São Paulo: Universitária de Direito Leud, 2005.

WACHOWICZ, Marcos. Los paradigmas de la sociedad de la información y el derecho informático. In: _____ (Coord.). *Propriedade intelectual e Internet*. Curitiba: Juruá, 2002.