

O monitoramento eletrônico do empregado mediante o uso de novas tecnologias

ADRIANA SIMEÃO FERREIRA*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o embate entre os direitos constitucionais da privacidade, liberdade de expressão e o direito da propriedade no ambiente de trabalho brasileiro no que concerne ao uso do *e-mail* e acesso à Internet e também em relação ao uso de listas negras de trabalhadores por empregadores como critério de seleção no momento da contratação. Utiliza-se para tanto, o estudo dos princípios jurídicos envolvidos, casos concretos, jurisprudências, direito comparado, com o fim de apresentar recomendações para a solução dos direitos colidentes, fornecendo subsídios para futuros debates.

PALAVRAS-CHAVE

Monitoramento Eletrônico, Internet, *E-mail*, Direito à privacidade, Direito à liberdade de expressão, Direito à propriedade, Ambiente de trabalho, Listas Negras.

1. **Introdução**

O progresso e aprimoramento das técnicas de produção, impulsionado pelos avanços da tecnologia da informação e comunicação, vem modificando, consideravelmente, o ambiente

* Ciências do Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia; 2008; Especialista em Tecnologia da Informação; Universidade Federal do Ceará (UFC); 2001; Especialista em Controle Externo e Interno da Administração Pública; Universidade Federal do Piauí (UFPI); 2002; Analista Judiciário Especializado do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região.

de trabalho e engendrando novos modos de produção. A Internet e o correio eletrônico têm sido na atualidade, ferramentas imprescindíveis ao desenvolvimento da atividade produtiva. Todavia, ao mesmo tempo que elas incrementam e facilitam o dia a dia do trabalhador, também tem sido utilizadas como aparato de fiscalização do poder diretivo e também como fonte de informações que alimentam as chamadas “listas negras”.¹ Hoje, cada vez mais, o empregador tem feito uso de ferramentas de monitoramento eletrônico por meio do computador para fiscalizar os empregados. Softwares, que utilizam técnicas de monitoramento eletrônico do tipo VNC's, ou seja, que usam recursos de rede para acesso de computadores remotos, tornam-se verdadeiros espíões silenciosos do trabalho. Cenário como esse vem sendo abertamente relatado em depoimentos dispostos na própria Internet. De um lado, relatos de depoimentos de empregados expressando o sofrimento de ter sido tolhido o seu direito de liberdade de expressão e comunicação, como também, o direito à privacidade; do outro, os empresários relatam situações em que tiveram que responder junto a terceiros por empregados que fizeram o má uso dos equipamentos de tecnologia da informação fornecidos pela empresa, e que causou-lhes conseqüências penais, abalando a imagem da empresa.

O tormentoso conflito que atinge as relações de trabalho é reflexo da colisão de princípios constitucionais fundamentais de mesma hierarquia. O ordenamento jurídico brasileiro ainda padece da ausência de norma jurídica específica que possa estabelecer diretrizes para esta matéria, entretanto, já existe algumas iniciativas legislativa no que tange ao uso do correio eletrônico, a exemplo, pode-se citar o Projeto de Lei 3893/2008, que tramita na Câmara do Deputados e que dispõe sobre os serviços de correspondências internas das organizações privadas.

Por outro lado, o uso da tecnologia para fins moralmente ou legalmente reprováveis faz parte também do momento que antecede o contrato de trabalho e quando do término da relação

contratual, empresários têm utilizados as informações das chamadas “listas negras de trabalhadores” como critério de seleção na contratação de seus empregados e também alimentam as referidas listas com informações dos empregados que trabalham nas suas empresas. A maioria das informações que constam nessas listas foram obtidas em *sites* de Tribunais brasileiros.

O presente estudo visa estabelecer diretrizes para o problema do monitoramento do correio eletrônico, da Internet e do computador utilizado pelo empregado, fornecidos pelo empregador, para a consecução da prestação de serviço, como também para a mostragem de medidas que possam impedir o uso e manutenção de “listas negras de trabalhadores” por parte do empregador.

Para tanto, utilizou-se: da demonstração da importância da sociedade da informação e da sua influência nas relações trabalhistas; da descrição de ferramentas que utilizam tecnologias VNC's; do estudo dos princípios envolvidos, sua natureza, relatividade e colisão; da análise do resultado de pesquisa de campo em 150 empresas brasileiras tidas como melhores para se trabalhar no país;² de estudo teórico bibliográfico, do resultado de debates realizados em grupos de pesquisa brasileiros e de pesquisa a sites de tribunais brasileiros; com o intuito de propor uma solução pertinente diante do problema proposto.

Nesse sentido, objetiva fornecer subsídios a futuros debates de especialistas da área, ressaltando a realidade brasileira, esclarecendo os princípios jurídicos envolvidos, motivando, assim, a elaboração de leis condizentes com a realidade observada ou a aplicação de leis já existentes e que proporcione um meio ambiente de trabalho com relações equilibradas, protegendo o trabalhador antes, durante ou depois da relação contratual, não esquecendo a hipossuficiência do empregado, como também a importância do empregador no cenário sócio-econômico.

¹ Segundo Alberto Emiliano de Oliveira Neto, listas negras “em sua essência, representa a conduta discriminatória de empregadores em face de trabalhadores que ingressaram com reclamações trabalhistas, que apresentam certa restrição de crédito ou que figuram como réu em demais processos de natureza civil e criminal”. OLIVEIRA NETO, Alberto E.: Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8950>. Acesso: 10/7/2009.

² As 150 empresas selecionadas, são resultado da pesquisa da Revista Você S/A, os critérios utilizados pela revista, foram: estratégia e gestão; liderança; cidadania empresarial e políticas e práticas. Ela incluiu índice de qualidade de vida do empregado, Índice de Qualidade na Gestão de Pessoas e a nota dada pelo jornalista após a visita nas pesquisas. Para a escolha das empresas, foram respondidos mais de 143.000 questionários. Considerando a relevância da pesquisa para o ambiente de trabalho, selecionou-se as 150 empresas com o propósito de nortear a solução dos conflitos colidentes. Conheça as 150 melhores empresas no Brasil para você trabalhar. Portal Exame. | Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/servicos/melhoresempresasparatrabalhar/m0099800.html>>. Acesso em: 1º/3/2009.

2. *Sociedade da informação*

A história comprova que a necessidade de comunicação acompanha o homem desde os primórdios da humanidade, relação, também, que a forma de se comunicar está intrinsecamente relacionada com os meios que a sociedade oferece. A sociedade atual incorporou avançadas ferramentas da tecnologia da informação na sua forma de organização, e, por conseqüente, alterou de sobremaneira as formas de se comunicar e, sobretudo, inaugurou um cenário de relações humanas que utilizam como meio de comunicação, a microeletrônica, as telecomunicações, a computação e demais processos tecnológicos.

Os avanços da tecnologia de processamento e armazenamento da informação impulsionam, cada vez mais, os recursos disponíveis na Internet. A interação do homem com a rede mundial de computadores transformou-se numa necessidade quase compulsória de sobrevivência na sociedade atual. É irrefutável a importância da Internet no universo das relações humanas, notadamente, porque, ela estabeleceu uma nova ordem de comunicação, fazendo romper barreiras espaciais, legais, temporais e linguísticas. O conhecimento e a informação armazenada na grande WWW³ podem ser acessados de qualquer lugar e de maneira quase instantânea, podendo de tal modo, estabelecer novas relações, novo conflitos e produzir novos conhecimentos. Termos como *ciberespaço* e *cibercultura*, definidos por Pierre Levy, proclamam em seus significados, a atual face da *Sociedade da Informação*.⁴ Para ele, *ciberespaço*, o que também chama de “rede”, é:

“O novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim, como os seres humanos que navegam e alimentam este universo. Quanto ao neologismo “cibercultura”, especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais

e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”.⁵

A estrutura de telecomunicações e informática se desenvolve a todo vapor e fortifica, cada vez mais, a relação de dependência entre o homem-máquina. O que seria de um Banco, hoje, sem a sua estrutura de tecnologia da informação o auxiliando? O mundo funcionaria sem a computação-móvel? Uma empresa sem os recursos da tecnologia tem a mesma capacidade de competição no mercado que outra que usufrua de todos os recursos tecnológicos? Para se verificar a dependência do homem com a máquina, basta que retire do ar a Internet de um grande centro e vejam quais são as conseqüências. Oportuno se torna dizer que, sem a Internet o caos se instala e com ele uma explosiva desordem social; é assim que acontece e que aconteceu no dia 4 de julho de 2008, quando o circuito físico que abastece a Internet paulista parou. Os efeitos causaram impactos na economia e também nas relações sociais de maneira similar a situação abaixo relatada:

Nas delegacias, só estão sendo registrados casos de flagrante. Demais ocorrências, serão registradas posteriormente. Alguns serviços do Poupatempo também estão indisponíveis. O cidadão não consegue, por exemplo, tirar carteira de identidade, renovar a carteira de motorista e licenciar veículos.⁶

Destarte, entende-se que o acesso a Internet é condição *sine qua non* para a sobrevivência na atual sociedade, não há retrocesso, não somente pela necessidade do homem de se comunicar, mas também pela necessidade dele estabelecer relações, praticar os atos da vida civil e de desenvolver o seu trabalho ou, senão, da possibilidade de participar da ferramenta mais democrática que a sociedade já inventou: a Internet!

3. *Relações de trabalho e as novas tecnologias da informação*

Na época arqueológica, o homem trabalhava apenas para suprir suas necessidades imediatas para sobreviver. Seu trabalho era

³ A World Wide Web é uma função da Internet que junta, em um único e imenso hipertexto ou hiperdocumento (compreendendo imagens e sons), todos os documentos e hipertextos que a alimentam”. LEVY, Pierre: *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa, Editora 34, São Paulo, 1999, p. 27.

⁴ A Sociedade da Informação é “Uma sociedade em que a distribuição de informação se torna a mais significativa e importante atividade econômica e cultural.” Disponível em: <<http://www2.ufp.pt/~lmbg/com/sociedadedaInformacao.pdf>>. Acesso em: 19/4/2009.

⁵ LEVY: ob. cit., p. 17.

⁶ Defeito é em acesso a ‘mapa’ da internet, dizem provedores. Globo.com. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0MUL634995-5605,00-DEFEITO+E+EM+ACESSO+A+MAPA+DA+INTERNET+DIZEM+PROVEDORES.html>>. Acesso em: 1º/5/2009.

desenvolvido mediante o uso de ferramentas rudimentares, as quais serviam como instrumentos de defesa pessoal e também como ferramentas de labor. A evolução humana proporcionou o desenvolvimento de novas ferramentas de trabalho, as relações e formas de organização trabalhista igualmente se modificaram ao longo dessa evolução. As diversas maneiras de controle de produção, ferramentas e divisão do trabalho tomaram particularidades próprias de cada época, desde a sociedade primitiva, passando pelo momento da escravidão, da inserção do capitalismo, até os dias atuais.

Desde 1946, quando foi lançado o primeiro computador, o ENIAC,⁷ as formas de processamento, armazenamento da informação e as ferramentas, voltadas para a tecnologia da informação, não pararam de se desenvolverem. O incremento destas novas tecnologias ganhou espaço cada vez mais importante no seio da sociedade, provocando mudanças sociais, influenciando o relacionamento humano e modificando também o ambiente de trabalho. A Internet alargou os limites físicos da empresa, e, por intermédio dela, pode-se realizar uma série de operações das mais variadas naturezas, tanto no que tange a execução do trabalho, como na fiscalização do mesmo. O surgimento do teletrabalho⁸ é um exemplo clássico dessa mudança.

As mudanças advindas da atual estrutura organizacional da sociedade modificaram não somente as ferramentas eminentemente de trabalho, mas modificaram, principalmente, as ferramentas de controle do empregador, fazendo surgir novas maneiras de fiscalização da atividade do trabalhador, dentre elas, o monitoramento eletrônico.

Segundo Túlio Vianna “a monitoração eletrônica é uma técnica que utiliza instrumentos eletrônicos para ampliar os sentidos humanos e focalizá-los sobre determinados ambientes, comunicações ou pessoas, com fins de controle e ou registro de condutas”.⁹

⁷ ENIAC (Eletronic Integrator na Calcular) foi projetado por um grupo de engenheiro da Universidade da Pensilvânia nos Estados Unidos, “História e Evolução dos computadores”. Disponível em: www.lsi.usp.br/~ramc/dspti_arquivos/Aula%201%20-%20História%20do%20PC.doc. Acesso: 20/3/2009.

⁸ “Teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância, voltado preponderantemente às atividades administrativas que possibilitam a execução longe do seio da empresa”. SILVA, Jardim C. Carrara: *O Teletrabalho e suas atuais modalidades*, LTr, São Paulo, 2003, p. 53.

⁹ VIANNA, Túlio Lima: *Transparência Pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*, Revan, Rio de Janeiro, 2007, p. 55.

Vianna também acrescenta a respeito o monitoramento eletrônico:

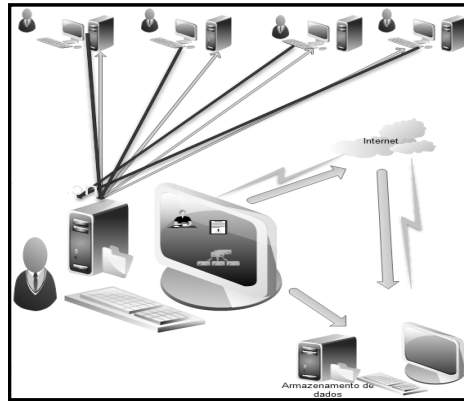
“A monitoração de lugares pode ser realizada não só em ambiente físicos estáticos (ruas, praças, edifícios, estádios etc.), mas também em meios de transporte terrestres (rodoviário, ferroviário, metroviário), hidroviários (marítimo, fluvial e lacustre), aéreos (aviões, helicóptero etc) ou verticais (elevadores)(...) A monitoração de comunicações, por óbvio, tem por objeto somente comunicações interpessoais (...) A monitoração institucional será pública, quando praticada por órgãos públicos (polícia, departamento de trânsito etc.), e privada, quando realizada por instituições particulares (empresas, escolas, hospitais, mídia etc.)”.¹⁰

O monitoramento do ambiente de trabalho tem sido impulsionado não somente pela facilidade de obtenção de ferramentas controle por meio eletrônico, mas, principalmente, pela vontade do empregador de controlar cada vez mais o empregado, com o intuito, de indiretamente, aumentar a produção. Para tanto, tem feito uso de softwares de monitoramento com características similares a de espionagem digital. Os atuais artefatos de monitoramento, usados por diversas empresas, possibilitam o armazenamento e controle de quaisquer dados produzido pelo empregado, incluindo texto, sons e sua própria imagem.

Dentre as novas formas de monitoramento de grande alcance em armazenamento de dados, inclui-se os softwares que utilizam tecnologias do tipo VNC (*Virtual Network Computing*). VNC significa “Computação em Rede Virtual”.

O VNC, software pioneiro de acesso remoto, é um sistema que foi desenvolvido por uma companhia americana de telecomunicações, a “*American Telephone and Telegraph - AT&T*”, e que possibilita o compartilhamento do ambiente de trabalho de uma máquina através de um computador remoto, permitindo o acesso a todos os recursos da máquina monitorada, como se estivesse sentado em frente dela. Atualmente, inúmeros softwares fazem uso dessa técnica de acesso remoto, sendo, até mesmo, denominado genericamente de “softwares VNC’s”, todo aquele que usa a essa filosofia de tecnologia.

¹⁰ Ídem, pp. 56-57.



A tecnologia VNC utiliza-se da arquitetura cliente-servidor para implementações das suas operações. Numa arquitetura cliente/servidor, o processamento da informação é realizado em módulos ou processos distintos, onde um processo ou módulo é responsável pela manutenção da informação —módulo servidor—, e o outro é responsável pela obtenção dos dados —módulo cliente.

Os sistemas disponíveis no mercado nem sempre apresentam segurança no transporte das informações pelo meio físico, enquanto que alguns implementam a criptografia para transportar as informações da máquina monitorada para a máquina que monitora, outros, não usam qualquer recurso de segurança, neste caso, as informações que trafegam entre as máquinas ficam completamente vulneráveis. A diversidade destes sistemas não se evidencia apenas no que tange a segurança, mas também, na forma de armazenamento e de preço. Alguns utilizam técnicas de compactação, outros não. Em relação ao preço, pode-se encontrar disponível no mercado, desde softwares sem nenhum custo, até softwares com preço significantes. Dentre as principais funcionalidades desses sistemas, podemos destacar: captura e exibição da imagem da WebCam da máquina monitorada; captura e exibição do som ambiente; criação, alteração e exclusão de usuários e grupos de sistema do Windows; registro e notificação de qualquer tentativa de alterações de hardwares e softwares; envio, exclusão, execução de arquivos; captura de teclas digitadas, páginas visitadas, janelas acessadas, imagens da tela de trabalho, conversas em comunicadores virtuais e correspondências eletrônica enviadas, tudo isso podendo ser feito de maneira completamente invisível para o usuário que está sendo monitorado.

Abaixo, pode-se visualizar arquivos gerados a partir de uma simulação de um monitoramento de uma máquina:

User	Application Window Name	Opened	Closed
adriana.simeao	Windows Internet Explorer	10-05:33am	10-06:02am
adriana.simeao	teste	10-06:40am	10-06:50am
adriana.simeao	teste	10-07:22am	10-07:35am

Barra de menu: PURCHASE File Application Controls Free Web Access Recording Options Clipboard Spy Help
 Botões: View Web Pages Visited View Keystrokes View Screen Shots View Alerts View Application Usage
 Abaixo da tabela: - App Usage
 App History Log: 05_13_2009
 Botão: Concluído

Conforme relatos acima, percebe-se que as ferramentas de monitoramento eletrônico estão sendo largamente utilizadas. Urge que regras específicas voltadas para o monitoramento sejam aprovadas, pois trabalhadores estão tendo suas liberdades tolhidas e o acesso a Internet tem sido arbitrariamente vigiado.

Marcelo Oliveria Rocha¹² assevera em relação ao progresso e as relações trabalhistas: “O problema não está no progresso, na globalização e na automação, mas no comportamento dos indivíduos em relação a esses mecanismos, eis que a única lógica admissível é a da competição e a única lei econômica aceitável é a lei do lucro”.

É certo que esta afirmação é fruto de todo um contexto socioeconômico e cultural no qual as empresas encontram-se inseridas, mas é também verdade, que os seus reflexos incidem inexoravelmente na realidade do trabalhador, parte hipossuficiente desta relação.

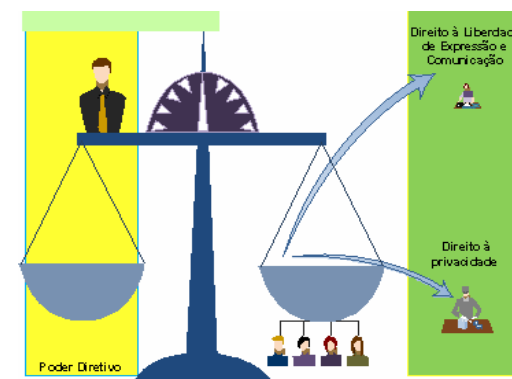
4. Colisão do princípio da dignidade da pessoa humana e poder de direção

O caráter relativo¹³ dos direitos fundamentais, consagrados na Constituição Brasileira de 1988, decorre da pluralidade de interesses de mesma hierarquia cristalizados pela sociedade. Por outro lado, a existência da sua essencialidade, eleita pelo Poder Constituinte Originário, faz com que direitos fundamentais estejam num grau mais elevado de garantia ou de segurança dentro da ordem jurídica constitucional, no entanto, a sua fundamentalidade não os torna absolutos, assim, não raramente, acontecem colisões entre esses direitos.

Edilson Farias¹⁴ menciona:

“Tem-se a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, ou colisão entre os próprios direitos fundamentais, quando o exercício de um direito fundamental por

parte de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outro titular. Em outros termos: quando o pressuposto de fato ou âmbito de proteção de um direito interceptar de outro direito fundamental. (...) Verifica-se dessa forma, a colisão em sentido amplo, ou colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, quando os direitos fundamentais contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidas também pela constituição, tais como: saúde pública, família, segurança pública, patrimonial cultural, entre outros”.



Importante destacar que, independente da forma de classificação das colisões, a não hierarquia existente entre estas normas constitucionais e a existência da sua relatividade provoca uma tensão que tem sido palco de muitas contentas e debates jurídicos. A exemplo e para efeito desse estudo, vale ressaltar os conflitos: *o poder diretivo do empregador versus o direito a liberdade de expressão e comunicação e também o poder diretivo do empregador versus direito à privacidade.*

Para tanto, faz-se necessário o estudo de cada um dos princípios confrontantes, o âmbito de atuação de cada um deles e também a análise do resultado levantado por meio de uma pesquisa de campo realizada nas 150 melhores empresas para se trabalhar no Brasil, e por fim, mediante o uso de técnica de resolução de choque de princípios, chegar uma das três soluções:¹⁵

¹² ROCHA, Marcelo O.: *Direito do trabalhador e Internet - Aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era informatizada”*, Universitária de Direito, São Paulo, 2004, p. 201.

¹³ Noberto Bobio observa que, entre os direitos fundamentais, bem raros são aqueles que não entram em concorrência com outros direitos fundamentais, que não são suspensos em determinadas circunstâncias ou que não são negados a determinadas categorias de pessoas, por isso, diz-se que não possuem caráter absoluto.” BOBBIO, Noberto apud VIEIRA, Tatiana M.: *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação*, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2007, p. 75.

¹⁴ PEREIRA, apud VIEIRA: ob. cit., pp. 46-47.

¹⁵ Soluções como estas dispostas tem sido objeto de discussão em grupo de pesquisa voltados para o Direito Eletrônico no Brasil, como o IBDE (Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico) e GEDEL (Grupo de Pesquisa Justiça

- a) A possibilidade absoluta de monitoramento, posicionamento levantado por operadores do direito, que defendem o reconhecimento do direito à propriedade privada e liberdade do empregador de promover os meios para administrar o seu patrimônio privado.
- b) A impossibilidade absoluta de monitoramento, posicionamento defendido por operadores de Direito, que defendem a preservação do respeito pelos direitos fundamentais do trabalhador, visando a preservação de seu direito à privacidade e também da liberdade de expressão e comunicação.
- c) A possibilidade de monitorar desde que observados certos parâmetros ou diante de determinadas circunstâncias, posição defendida por operadores que optam pela resolução desse conflito por meio do equilíbrio entre as forças convergentes.

4.1. Do direito à privacidade

A dignidade humana é resguardada pelos direitos da personalidade sendo, o direito à privacidade, um desses nobres direitos. A esfera íntima e privada do cidadão é protegida nos mais elevados círculos internacionais; a exemplo podemos citar o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preconiza: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.¹⁶ A Constituição Brasileira de 1988 trata do direito à intimidade e vida privada em vários artigos, contudo, é no artigo 5º, X, que dispõe de forma explícita: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.¹⁷

e Direito Eletrônicos Grupo de Estudos da Escola Judicial do TRT-3ª Região). Os grupos são formados por pesquisadores e operadores do Direito, como também, servidores públicos, advogados, professores, analistas de sistemas e programadores. Em especial, o IBDE, tem atuado como pareceres de grande relevância e como *amicus curiae* em processos de controle de constitucionalidade.

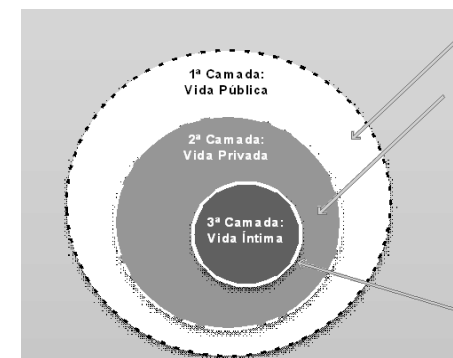
¹⁶ “Declaração dos Direitos Humanos”. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 5/5/2009.

¹⁷ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 5/5/2009.

A esfera íntima e privada do homem tem definições peculiares, segundo Tatiana Malta: “A intimidade reflete os pensamentos do indivíduo, suas idéias e emoções, relacionado-se a uma zona mais estrita da pessoa, aquilo que deve ser mantido em sigilo por revelar o íntimo do indivíduo; vida privada, de outro lado, é a vida pessoal e familiar do indivíduo, que pode ser de conhecimento daqueles que desfrutaram de sua convivência”.¹⁸

Guilherme Tomizawa¹⁹ observa a respeito da garantia da liberdade do indivíduo de se expor:

“O indivíduo deve ter garantida a liberdade de só se expor se assim o desejar. Informações pessoais, pensamentos, ideologias, identidade, ações, imagens devem estar sob o controle, e seu fortalecimento forçado ou dissimulado, é uma afronta a esses direitos. Esses direitos e mais alguns, que surgem com alterações sociais, são necessários para que se reconheça uma natureza humana”.



Partindo-se dos conceitos apresentados anteriormente e espelhando-se na teoria das esferas (teoria alemã),²⁰ pode-se representar a privacidade do ser humano como um composto de camadas, sendo cada camada, a representação de um nível de controle de informações referentes a cada ser. Por exemplo, a

¹⁸ VIEIRA: ob. cit., p. 36.

¹⁹ TOMIZAWA, Guilherme: *A Invasão de Privacidade através da Internet*, JM Livraria Jurídica, Curitiba, 2008, p. 65.

²⁰ “Teoria que distingue a intimidade da privacidade”. VIEIRA: ob. cit., p. 37.

1ª camada, a mais externa, representa a camada pública, pode ser acessada por qualquer pessoa, contém informações públicas do ser, como o nome por exemplo; a 2ª camada representa a vida privada, contém informações privadas do ser; e a 3ª camada, a mais central, contém a vida íntima. As 2ª e 3ª camadas representam a privacidade do ser humano.

Assim, a vida íntima e privada, abrangida pela privacidade, inerente a todo ser humano, somente poderão ser divulgadas com a autorização do dono ou motivação de interesse público.

Tendo em vista o objetivo desse trabalho de pesquisa, vale aqui ressaltar a relação da Internet e dos meios tecnológicos com a privacidade. Entende-se que a nova forma de organização social definida pela sociedade da informação, privilegiada por grandes recursos computacionais e tecnológicos, proporcionou um aumento significativo de formas de invasão da privacidade por intermédio de recursos computacionais. Hoje, o monitoramento de informações pessoais pode ser realizado facilmente, de maneira sorrateira, portanto, admite-se que o direito à privacidade encontra-se cada vez mais suscetível a ataques subreptícios.

4.2. Do poder diretivo do empregador

O artigo 1º, inc III da Constituição Federal eleva à condição de princípio fundamental a livre iniciativa, lado a lado com os valores sociais do trabalho. A CLT, em seu segundo artigo, autoriza ao empregador a exercer o poder diretivo, fiscalizador, sancionador sobre a prestação do empregador.

No entanto, na categoria de princípio fundamental, a livre iniciativa não poder ser considerada absoluta, uma vez que, além da sua relatividade, que é características dos princípios fundamentais, há restrições na própria Constituição. No mesmo artigo que consagra os valores da livre iniciativa, consagra também os valores sociais do trabalho, assim, o poder diretivo deve ser pautado no respeito ao princípio da dignidade humana também.

Registramos, por oportuno, que o empregado é parte hipossuficiente da relação de emprego, o que o torna muito mais suscetível á abusos por conta do empregador.

A chegada de recursos tecnológicos no ambiente de trabalho aumentou, consideravelmente, a capacidade do empregador de fiscalizar, e, conseqüentemente, de também ultrapassar os limites aceitáveis de fiscalização.

Teresa Alexandra²¹ ressalta:

“O controle da atividade laboral pelo empresário é, portanto, legítimo e não lesa , em princípio, a dignidade do trabalhador. O que pode resultar em lesão a direitos fundamentais e à dignidade do trabalhadores são os meios pelos quais esses controles são feitos, ultrapassando os limites do poder diretivo do empregador”.

Importante observação faz Floriano Barbosa Júnior²² a respeito da comunicação pessoal por meio eletrônico, que é também objeto da liberdade de expressão:

“A comunicação de natureza pessoal é uma fonte de vida do ser humano, é a emanção de sua alma, meio de conexão com a sociabilidade, enfim, é um exercício necessário á preservação da dignidade humana. Os meios eletrônicos são apenas formas de exercício da personalidade humana”.

Pelo exposto, entende-se que a comunicação realizada por meio eletrônico deve assumir todas as garantias disponíveis á liberdade de expressão garantida na Constituição, respeitando todos os limites de uma sociedade democrática.

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3893/2008 que objetiva incluir no 5º artigo da Lei n.º 6.538, de 1978 – Lei dos Serviços Postais – o seguinte parágrafo:

“Art. 5º (...) §2º Excluem-se das disposições previstas no caput e no §1º deste artigo as correspondências eletrônicas encaminhadas ou recebidas por sistemas de correio eletrônico corporativo mantidos por organizações privadas e fornecidos para seus empregados, funcionários, terceirizados, estagiários, bolsistas e assemelhados para o uso exclusivamente no interesse do serviço”.²³

Com isso, visa excluir do sigilo de correspondência, os casos de correspondências por sistema de correio eletrônico cor-

²¹ MOREIRA, Coelho apud RIBEIRO, Teresa A., GUIMARÃES CARVALHO, Lélia: *A Monitoração Audiovisual e Eletrônica no Ambiente de Trabalho e seu Valor Probante: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito e intimidade do trabalhador*, LtTr, São Paulo, 2008. p. 55.

²² BARBOSA JÚNIOR, Floriano: *Direito à Intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego*, LTr, São Paulo, 2008, p. 94.

²³ Brasil. Projeto de Lei nº 3893/2008. Dispõe sobre os serviços de correspondências internas das organizações privadas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/592972.pdf>>. Acesso em: 27/3/2008.

porativo, quando fornecido por organizações privadas para seus funcionários o usarem no interesse exclusivo do serviço.

Diante do exposto, conhecendo os aparatos eletrônicos que possibilitam o monitoramento e sua abrangência, é oportuno observar que faz-se necessário definir a forma de implementação desse monitoramento, não bastando apenas excluí-los do rol de sigilo da correspondência, já que o alcance de algumas ferramentas de monitoramento eletrônico é abrangente, podendo atingir indiretamente senhas, teclas digitadas, *e-mails* pessoais, o que poderá ameaçar e por em risco a privacidade do empregado, como também a liberdade de navegação na internet.

5. A privacidade do trabalhador e o contrato de trabalho

Ainda, como importante elemento na proteção da intimidade do trabalhador, é imperioso ressaltar a importância da proteção de informações referentes à personalidade do empregado no momento que antecede a contratação, como também quando do término do vínculo empregatício. A proteção da dignidade não se encerra em momento algum, pois é discriminatório aceitar que a dignidade do trabalhador possa ser ceifada em virtude de um ato do empregador.

O âmbito de proteção dos direitos da personalidade, em especial, a intimidade, vai além dos limites da empresa. Fazer uso de “listas negras” quando da contratação do empregado ou fornecer informações abusivas a respeito do empregado quando do término do contrato de trabalho são atos de cunho preconceituoso e proibidos pela atual Constituição brasileira.

Nesse sentido, a CF de 1988 prescreve, de forma explícita, a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”. Também assevera o artigo 5º da Carta Maior:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²⁴

²⁴ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20/7/2009.

O uso de “Listas Negras” como critério no ato de seleção de candidatos a uma vaga de emprego é bastante antigo, contudo, com a chegada das novas tecnologias da computação e da comunicação, o ato, que já era abusivo, ganhou um efeito muito maior dado o poder de alcance que a Internet possui. A facilidade de distribuição da informação pela Internet facilita o acesso à informações processuais de caráter pessoal disponíveis em *sites* de Tribunais brasileiros, assim, o que prestigiaria a transparência à atividade jurisdicional, vem fomentando a criação de “Listas Negras”.

A esse respeito Wesley Roberto de Paula²⁵ esclarece:

“O avanço tecnológico possibilita o desenvolvimento de sistemas informáticos capazes de executar ações automatizadas de varredura e coleta de informações em base de dados disponibilizadas em sites na Internet para diversos fins. Além de coletar informações, esses motores externos podem infiltrar em *sites* que contenham enquetes, salas de bate-papo, fóruns, degradando a qualidade de serviços oferecidos, por sua ação massiva na operação de conteúdos.

No cenário jurídico/tecnológico, ação desses mecanismos pode se desenvolver com intuito de formar bases de dados jurisprudenciais de andamentos processuais para posterior comercialização, oferecendo risco à incolumidade da informação eminentemente sensível”.

Assim, entende-se que a intimidade do trabalhador tem sido ameaçada exatamente por causa da facilidade de acesso a dados que constam em processos jurídicos na Internet, seja na Justiça do Trabalho, seja na Justiça Comum.

O princípio da publicidade é, sem dúvida, um forte aliado da Democracia, todavia, igualmente a todo direito fundamental; ele não é absoluto, portanto, não pode suplantar o Direito à privacidade. A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso LX, determina: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.²⁶

²⁵ ROBERTO DE PAULA, Wesley: *Publicidade no processo judicial eletrônico: busca da indispensável relativização*, LTr, São Paulo, 2009, pp. 125-126.

²⁶ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22/7/2009.

No tocante ao princípio da publicidade, Pellegrini, Dinamarco e Cintra²⁷ afirmam “toda preocupação deve ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo”.

José Carlos de Araújo Almeida Filho²⁸ afirma: “A sociedade da informação tecnológica se apresenta de tal forma inserida no contexto pessoal, que é preciso refletir até que ponto podem os sistemas estar sobrepujando o direito à intimidade”.

Nesse passo, a lei 11.111/05, lei que trata o sigilo dos documentos públicos, preceitua em seu art 7º:

“Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livres acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei 8159, de 8 de janeiro de 1991.”²⁹

A Emenda Constitucional 45/04 dispõe:

“XI- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no

sigilo não prejudique o interesse público à informação”.³⁰

A respeito de acesso aos autos à lei 11.419/06 estabelece:

“Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça”.³¹

Além dos sites de Tribunais da Justiça Comum e também da Justiça Trabalhista, as informações judiciais também podem ser extraídas por meio de ferramentas de busca especializadas, a exemplo dessas ferramentas podemos citar a LexML,³² que é uma biblioteca jurisprudencial eletrônica. Não obstante, a importância desses instrumentos tecnológicos como ferramenta de mineração da informação jurídica, reconhece-se a sua necessidade no ambiente da Internet, todavia, o que se teme é que ela venha ser utilizada para fomentar “listas negras”, já que facilita ainda mais o acesso à jurisprudências. A coleta de informações para fins de criação de “listas negras” é ato oportunista, aproveita-se da publicidade do processo para fins nocivos.

A disponibilidade de dados processuais por intermédio da Internet é sem dúvida uma expressão da aplicação do Princípio da Publicidade, contudo, a sua amplidão pode ser considerada

²⁷ PELLEGRINI, Dinamarco e Cintra apud Almeida Filho, DE ARAÚJO, Jose C.: *Processo eletrônico e teoria do processo Eletrônico: a Informatização judicial no Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 104.

²⁸ ALMEIDA FILHO: ob. cit, p. 103.

²⁹ *Brasil*. Lei nº 11.111/2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm>. Acesso em: 20/7/2009.

³⁰ *Brasil*. Emenda Constitucional 45. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 22/7/2009.

³¹ *Brasil*. Lei nº 11.419/2006. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 20/7/2009.

³² “Trata-se de um portal especializado em informação jurídica e legislativa. Pretende-se reunir leis, decretos, acórdãos, súmulas, projetos de leis entre outros documentos das esferas federal, estadual e municipal dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todo o Brasil: uma rede de informação legislativa e jurídica que pretende organizar, integrar e dar acesso às informações disponibilizadas nos diversos portais de órgãos do governo na Internet”. Destaques LxML. Disponível em: <<http://projeto.lexml.gov.br/documentacao/destaques-lexml#o-que-lexml>>. Acesso em 10/7/2009.

uma vulnerabilidade do sistema processual. A publicidade excessiva contribui para a elevação dos riscos que ameaçam a intimidade do trabalhador antes, durante e depois do contrato de trabalho.

Analisando sistematicamente a relação publicidade do processo *versus* intimidade do trabalhador, percebe-se que a variável que proporciona efeito negativo nessa relação é exatamente a identificação do trabalhador pelo nome ou por características que o individualiza. Assim, a partir de uma análise sistêmica do processo judicial pode-se afirmar que a ampla exposição do processo na Internet é uma fragilidade presente —uma vulnerabilidade— explorada por recursos tecnológicos de mineração de dados que afeta negativamente o princípio da publicidade.

Considerando que “a publicidade assegura que a gestão da coisa pública seja realizada de maneira a propiciar o conhecimento dos atos dos administrados, possibilitando a participação e controle por parte dos cidadãos”,³³ então, pode-se afirmar que a variável “nome das partes” pode ser omitida sem que o principal objetivo da publicidade processual seja ameaçada, que é exatamente o controle dos atos administrados e não da vida íntima do cidadão. Desse modo, com o intuito de impedir que ameaças explorem a vulnerabilidade, limitando dessa forma o impacto ou risco, entende-se que deve-se buscar técnicas que elimine a relação negativa entre publicidade do processo na Internet e intimidade do empregado, que exatamente é a relativização do princípio da publicidade com a tecnologia. Nesse sentido, Wesley Roberto de Paula³⁴ cita a anonimização como técnica para alcançar a relativização do processo com a tecnologia. A anonimização “consiste em ocultar informações identificadoras dos litigantes em processo judicial, seja pela utilização de um acrônimo formado pelas iniciais de seu nome, ou pela utilização de pseudônimos substitutivos da real identificação dos litigantes, conforme tem se utilizado significativamente nos países afetos ao sistema Common Law”.

Por outro lado, a lei 8.906/94, no seu 7º art., inciso X, garante ao advogado o direito de examinar os autos independente de procuração permitindo o livre acesso.

É direito do advogado “examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”.³⁵

Visando encontrar o equilíbrio entre o aparente equilíbrio art. 11, § 6º, da lei 11.419/06 e o art. 7º, XIII, da lei 8.906/94, o TRT da 13ª Região adotou os seguintes critérios de acesso aos autos disponíveis em meio eletrônico:

- I. Os processos que não corram em segredo de justiça podem ser acessados na íntegra por qualquer advogado cadastrado, podendo ser requerido remotamente, desde que via certificação digital;
- II. As partes tem amplo acesso ao processo mediante cadastro no Tribunal;
- III. E quem não é advogado nem parte, acessa apenas os andamentos e as peças processuais, excluídos os documentos³⁶

Isso posto, entende-se que o avanço da tecnologia inaugura um cenário peculiar de interação com o processo, dessa forma, faz mister que a ciência processual se adapte a essa nova realidade.

6. Resultado de debates de grupos de pesquisa em direito eletrônico

É interessante em um estudo como esse, ressaltar os resultados de debates realizados por grupos de pesquisas em Direito Eletrônico. Grupos de pesquisas dessa natureza são forças alavancadoras de idéias que fortalecem conceitos renovadores do Direito. As cartas transcritas abaixo revelam o posicionamento dos grupos no que tange ao Monitoramento Eletrônico do Empregado e as Cartas abaixo são frutos de Congressos coordenados por grupos de pesquisa brasileiros.

³³ MELO, Celso Antônio Bandeira de apud ROBERTO DE PAULA, Wesley: *Publicidade no processo judicial eletrônico: busca da indispensável relativização*, LTr, São Paulo, 2009, p. 61.

³⁴ ROBERTO DE PAULA: ob. cit., p. 147.

³⁵ Brasil. Lei nº 8.906/1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 23/7/2009.

³⁶ Grupo de Pesquisa- Justiça e Direito Eletrônicos Grupo de Estudos da Escola Judicial do TRT-3ª Região- GEDEL. Mensagens de debates sobre relativização do princípio da publicidade recebidas por <adrisimeao@hotmail.com>.

6.1. Carta de Caxambu³⁷

Os Magistrados do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região – Minas Gerais – reunidos, juntamente com Advogados, Professores, Acadêmicos, Servidores Públicos e Especialistas em Informática, na cidade de Caxambu-MG, por ocasião do I Congresso Mineiro – Justiça Digital e Direito do Trabalho, em sessão plenária, AFIRMAM que:

1. O Direito do Trabalho continua a desempenhar uma função institucional frente às novas tecnologias, para reequilibrar juridicamente as assimetrias entre os sujeitos da relação de emprego;
2. A qualificação do trabalhador para o manejo das novas tecnologias deve ser uma responsabilidade conjunta do empregador e do Estado;
3. As novas tecnologias e o tele-trabalho transformam, mas não suprimem os elementos fático-jurídicos próprios da relação de emprego;
4. Os mecanismos de monitoramento eletrônico no ambiente de trabalho devem ser implantados da maneira mais eficaz à proteção dos direitos à intimidade e privacidade do trabalhador, com observância do princípio da proporcionalidade no cotejo dos valores constitucionais em questão;
5. O trabalhador não perde sua condição de cidadão ao ingressar no ambiente de trabalho, não podendo renunciar à sua dignidade frente às novas tecnologias;
6. (...)
7. Em sede do processo eletrônico é imperiosa a adequação do princípio da publicidade dos atos, de forma a evitar mecanismos de discriminação do trabalhador e a preservar sua intimidade;
8. A implementação do processo eletrônico não pode obstar a plena concretização da garantia constitucional de amplo acesso à justiça de todo e qualquer cidadão, inclusive do eficaz exercício do jus postulandi;
9. (...)

Caxambu, 23 de agosto de 2008

³⁷ “A implantação de novas tecnologias na Justiça do Trabalho exige adequações”. I Congresso Mineiro de Justiça Digital e Direito do Trabalho. Disponível em: <http://as1.mg.trt.gov.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1941&p_cod_area_noticia=ACS>. Acesso em: 10/5/2009. Grifos nossos.

6.2. Carta de Maringá³⁸

“Os membros do instituto brasileiro de direito eletrônico, juntamente com magistrados, advogados, professores, acadêmicos, servidores públicos e especialistas em informática, reunidos na cidade de maringá-pr, brasil, por ocasião do iii congresso internacional de direito eletrônico, ocorrido entre os dias 20 e 22 de outubro de 2008, em sessão plenária, com o intuito de ampliar a discussão no brasil e na américa latina, afirmam que:

1. A dependência econômica torna o empregado mais vulnerável que o cidadão comum às violações de direitos fundamentais, especialmente aqueles atinentes à dignidade, privacidade e intimidade, razão pela qual devem ser aprimorados os institutos de tutela desses direitos, tanto nos ambientes virtuais da empresa, como naqueles monitorados pelas novas tecnologias de informação, comunicação e vigilância;
2. Urge a regulação estatal do teletrabalho, para proteção dos direitos sociais, da intimidade e da vida privada e familiar do trabalhador, bem assim para distender os mecanismos de telessubordinação propiciados pelas novas infra-estruturas de TI;
3. A correspondência eletrônica é inviolável, inclusive as contas corporativas disponibilizadas ao empregado, salvo o monitoramento para efeitos de investigação criminal ou instrução processual penal, com prévia autorização judicial, devendo haver amplo debate acadêmico acerca do tema”.

Maringá, 22 de outubro de 2008

7. Apreciação crítica

Não se pode negar a evolução tecnológica e o avanço das novas formas de comunicação por meio da Internet, nessa nova realidade, encontram-se inserido as relações de trabalho que, invariavelmente, sofrem a influência da rede mundial de computadores no seu dia a dia.

³⁸ Carta de Maringá. Instituto Brasileiro de Direito Eletônico. III Congresso Internacional de Direito Eletrônico. Maringá. Disponível em: <<http://www.ibde.org.br/>>. Acesso em: 12/3/2009. Grifos nossos.

Dessa forma, após resultados obtidos por meio de pesquisa realizada na Internet, verifica-se a existência, no Brasil, de empregadores utilizando ferramentas de espionagem para monitorar os empregados. Essas ferramentas são capazes de armazenar dados, imagens, voz, senhas, qualquer informação digitada pelo empregado e ainda tem o poder de alterar arquivos produzidos pelo empregado enquanto trabalha. O limite de fiscalização tem ultrapassado, inclusive, o limite aceito pelo Tribunal Superior do Trabalho, que autoriza o monitoramento do *e-mail* corporativo. O que tem acontecido é uma vigilância muito mais abrangente, ao ponto de empresas estarem contratando serviços para armazenamento de dados decorrentes do monitoramento.

Tal realidade merece atenção por parte da sociedade civil, pois se sabe que, tecnologicamente, é possível realizar um monitoramento extremamente abusivo do trabalhador e de maneira imperceptível, o que torna ainda mais agravante. As ferramentas de monitoramento são verdadeiros espiões que tem ameaçado a privacidade, como também a liberdade de expressão na Internet do empregado, vale aqui ressaltar, parte mais fraca da relação de trabalho.

Considerando os estudos realizados neste trabalho, da pesquisa de campo realizada nas 150 melhores empresas para se trabalhar no país, investigou-se a existência de ferramentas tecnológicas de monitoramento eletrônico por computador, chegou-se ao seguinte resultado:

- I. Gravam, armazenam e monitoram todos os serviços desenvolvidos pelo computador: SIM: 1.34 %; NÃO: 68 %; SEM RESPOSTA: 30.66 %;
- II. Porte das empresas entrevistadas: 43 % são empresas de grande porte; 27 % são empresas de médio porte e 30 % são empresas de pequeno porte.

A partir desses resultados, evidencia-se que a maior parte das empresas entrevistadas não realiza o monitoramento eletrônico por meio de técnicas avançadas de interceptação e captação de dados, acreditando ser, inclusive, um fator relevante no aprimoramento da qualidade de vida no ambiente de trabalho, uma vez que o uso dessas ferramentas inevitavelmente constrangerá e violará a intimidade do empregado, além de tolher o direito de liberdade de expressão na Internet, o que, conseqüentemente, poderá dificultar o próprio desenvolvimento do trabalho, além ferir uma das mais nobres conquistas humanas

no campo da dignidade humana, que é liberdade do ser de se expressar.

No Brasil não existe nenhuma legislação específica que regulamenta o monitoramento eletrônico nas relações de trabalho. Entretanto, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3893/2008 que dispõe sobre os serviços de correspondências internas das organizações privada, e que visa excluir do sigilo de correspondência, os casos de correspondências por sistema de correio eletrônico corporativo, é necessário observar, que não basta excluí-las do rol de sigilo da correspondência, é preciso, também, definir a forma de implementação e limites desse monitoramento, já que, o alcance de algumas ferramentas de monitoramento eletrônico é bastante abrangente, podendo atingir indiretamente senhas, teclas digitadas e *e-mails* pessoais, o que poderá ameaçar e por em risco a privacidade do empregado, como também a liberdade de navegação na internet. Em decisão, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o direito do empregador de fiscalizar o *e-mail* corporativo, admitindo ser legal o monitoramento comedido. Todavia, é importante ressaltar que existem inúmeras formas de monitoramento do *e-mail* e de análise da mensagem, desde as menos invasivas até as mais abrangentes, e que podem tornar a atividade de fiscalização do empregador em uma verdadeira armadilha para o empregado. Dessa forma, urge que seja aprovada norma específica e mais detalhada, afim de que, efetivamente, possa resolver o conflito apresentado.

Nesse contexto, é importante frisar que o empregador também pode ser vítima do desequilíbrio das forças constitucionais, pois, de acordo com a legislação brasileira, pode sofrer uma eventual reparação de danos causada pelo uso irregular e abusivo das ferramentas da informática por empregados da sua empresa, já que o art. 932, inciso III do Código Civil³⁹ impõe a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço. Observa-se, ainda, que a em-

³⁹ Novo Código Civil. Art. 932. "São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso: 10/5/2009.

presa também pode ter a sua imagem prejudicada em virtude de atos mal intencionadas do empregado. Outro aspecto que ainda merece destaque, é o risco que o empregador pode sofrer de lhe ser imputada uma sanção⁴⁰ caso que seja reconhecido que forneceu aos funcionários os meios para a prática da pedofilia, como por exemplo, o computador, o *e-mail* e o acesso a Internet.

A colisão entre direitos fundamentais é desafiante para a dogmática do direito, de um lado, os empregados sofrendo a limitação de seus direitos de privacidade e liberdade de expressão, neste caso, pelo cerceamento do uso do e-mail, bem como do acesso à Internet, do outro, o empregador, correndo o risco de ser responsabilizado pelo mal uso do patrimônio da empresa. Destarte, opta-se pelo método da ponderação de bens para resolução do mencionado conflito, e acolhem-se os critérios apresentados por Edilsom Farias⁴¹ em forma de princípios para resolução de conflitos dessa natureza, são eles:

1. Da unidade da constituição, consistente na interpretação sistemática das normas e princípios;
2. Da concordância prática, obtida por meio de harmonização que permita o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes, na busca da máxima concretização dos direitos envolvidos;
3. Da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), objetivando, por meio de balanceamento e estabelecimento de limites, a prevalência de um direito sobre o outro, quando absolutamente necessário para a resolução do conflito.

Enfim, pretende-se apresentar orientações voltadas para o equilíbrio dos princípios colidentes, privilegiando a essência da sociedade democrática, orientando-se pelos princípios acima apresentados, com o intuito de chegar a melhor solução.

⁴⁰ O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 241, §1º, III disciplina que poderá incorrer em sanção para o empregador, caso o mesmo forneça ao funcionário os meios para a prática da pedofilia. *Brasil*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso: 10/5/2009.

⁴¹ BELMONTE, Edilsom Farias apud, AGRA, Alexandre: *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas relações de trabalho*, LTr, São Paulo, 2004, p. 73.

No que concerne ao uso das listas negras como critério de admissão à vaga de emprego, percebe-se que a principal fonte alimentadora desse banco de informações são os próprio sites dos Tribunais brasileiros, eles ainda disponibilizam informações jurisprudenciais que identificam os trabalhadores. Além dos sites de tribunais, os sites de buscas indexadas e recursos tecnológicos de mineração de informação também contribuem para o fortalecimento dessa prática abusiva. Assim sendo, entende-se que com a implantação do processo eletrônico no âmbito do judiciário brasileiro e também o desenvolvimento das tecnologias de buscas aumentarão as vulnerabilidades e ameaçarão ainda mais a intimidade do Trabalhador. Vale salientar que a evolução tecnológica e a implantação do processo eletrônico são necessárias, sendo a autora desse trabalho totalmente a favor desse desenvolvimento, o que se pretende ressaltar é a importância de uma evolução tecnológica aliada a preservação da dignidade do trabalhador. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de adaptação da legislação processual e também da aplicação de leis já existentes, como é o caso do lei 11.111 de 2005.

8. Conclusão

Ao finalizar a investigação proposta: "Monitoramento Eletrônico do Empregado mediante o uso de novas tecnologias", após exaustiva análise teórica acerca dos princípios, dos direitos envolvidos e também da análise de entrevistas, fruto de a pesquisa feita em 150 empresas brasileiras, observando também legislação estrangeira, conclui-se que:

1. Os avanços tecnológico contribuem para tornarem os direitos fundamentais mais vulneráveis, tornando-se tormentosa a utilização da Internet e do *e-mail* no ambiente de trabalho.
2. Reconhece-se a importância do direito à privacidade e liberdade de expressão do trabalhador, sendo ele, reflexo da própria dignidade humana.

3. Entende-se que empresas que não utilizam o monitoramento eletrônico contribuem para uma melhor qualidade de vida no trabalho, proporcionando um ambiente de trabalho mais saudável, e, conseqüentemente, aumentando a produtividade da empresa.

4. Reconhece-se o risco que o empregador corre ao permitir deliberadamente o acesso à Internet e também ao acesso ao *e-mail* eletrônico. Podendo a empresa, como também, o empregador, ser vítima do abuso do empregado no uso do *e-mail*.

5. Verifica-se que empresas brasileiras utilizam um monitoramento abusivo, por meio de ferramentas do tipo VNC's e que empregados tem sido vítimas desse abuso, uma vez que, os dados de empregados estão sendo transportados na rede sem qualquer implementação de segurança da informação.

6. Reconhece a fragilidade do empregado frente o poder das novas tecnologias no ambiente de trabalho.

7. Comprova-se a colisão de princípios constitucionais, e que deve ser adotado o princípio da proporcionalidade para sua solução, utilizando os meios mais adequados, necessários, e proporcionais, garantindo com a função social da propriedade.

8. Ratifica-se a assertiva de que o teletrabalhador deverá ter os mesmos direitos e deveres que o trabalhador que executa sua atividade no interior da empresa e com as devidas adaptações necessárias ao seu perfil de trabalho, sem, contudo, perder as garantias constitucionais.

9. Defende-se a necessidade da definição de limites razoáveis para acesso à Internet e também para o uso do *e-mail*, sem tolher a comunicação pessoal, contudo, de maneira a resguardar também o patrimônio da empresa, proporcionando um ambiente democrático e seguro, de modo a garantir uma convivência pacífica dos direitos colididos.

10. Verifica-se a necessidade de um tratamento legislativo específico, que faça uso do princípio da proporcionalidade, estabelecendo um equilíbrio entre o direito à privacidade, liberdade de expressão e o direito a propriedade.

11. Confirma-se a necessidade do poder público de criar *Ombudsman* tecnológicos⁴² que tratem de problemas relativos

⁴² "Ombudsman tecnológico- um órgão público encarregado de receber e apurar queixas ligadas à aplicação irresponsável da tecnologia, tomando as providências cabíveis". BARROS LEITE, Celso apud TOMIZAWA, Guilherme: *A Invasão de Privacidade através da Internet*, JM Livraria Jurídica, Curitiba, 2008.

ao abuso por parte do empregador e também do empregado em relação ao uso da Internet e suas ferramentas.

12. Defende-se a aplicação do art. 7 da lei 11.111/05 como também do art. 11, § 6º, da lei 11.419/06, no âmbito do Tribunais e principalmente quando da implantação do processo eletrônico.

13. Entende-se que a relativização do princípio da publicidade é de fundamental importância na luta contra o processamento de "listas negras".

14. Constata-se que os sites dos Tribunais brasileiros, apesar de algumas iniciativas no combate ao processamento das "listas negras", ainda estão bastante vulneráveis às coletas de informações que alimentam tais listas.

15. Defende-se que o desenvolvimento e implantação de técnicas de anonimização, quando da exposição de processos é crucial no aniquilamento das "listas negras".

16. Reconhece-se a importância de grupos de pesquisas brasileiros voltados para o Direito Eletrônico, pois agregam diversos operadores do Direito (estudantes, promotores, advogados, juizes, gestores públicos, servidores, lingüistas, especialistas em informática, psicologia e em outras áreas), que atuam como agentes promovedores de resultados significantes na seara desses novos conflitos.

As recomendações da Comissão Nacional de Protecção de Dados da República Portuguesa (CNPd)⁴³ propõem orientações que retratam o equilíbrio entre o direito à privacidade, a liberdade de expressão e o direito a propriedade no ambiente de trabalho, orientações com as quais ressalta-se, em parte, com o da autora deste trabalho.

1. Perante a massificação dos meios de comunicação é ilógico, irrealista e contraproducente que, no contexto da relação de trabalho, se proíba —deforma absoluta— a utilização do correio electrónico e o acesso à Internet para fins que não sejam estritamente profissionais. O

⁴³ Portugal. Comissão Nacional de Protecção de Dados. Princípios sobre a privacidade no local de trabalho: o controlo do correio electrónico, dos acessos à internet e das chamadas telefónicas dos trabalhadores. Lisboa, 29/10/2002. Disponível em <<http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/principiostrabalho.htm>>. Acesso em: 11/5/2009.

acesso à Internet e ao e-mail tornou-se indispensável ao desenvolvimento das atividades de uma empresa, não sendo possível o abandono completo de seu uso, ainda que seja pessoal, pois a Internet é, sobretudo, uma ferramenta de desenvolvimento social. O empregador deve disponibilizar meios tecnológicos de acesso a e-mails pessoais (acesso a provedores gratuitos), acesso à Internet, e também, em separado, dispor de um e-mail corporativo.

2. A entidade empregadora deverá analisar todos os factores – a salvaguarda da liberdade de expressão e de informação, a formação, o livre desenvolvimento e iniciativa do trabalhador, a sua sensibilização para acesso às redes públicas, os custos para a empresa, as políticas de segurança, de privacidade e o grau de utilização destes meios, o tipo de actividade e grau de autonomia dos seus funcionários, bem como as suas necessidades concretas e pessoais – para definir regras claras e precisas em relação à utilização do correio electrónico e da Internet para fins privados. As restrições impostas ao uso da Internet e do e-mail pelo empregador, para fins privados, devem resguardar o direito à liberdade de expressão e à privacidade, todavia, devem observar, também, o princípio da proporcionalidade e da igualdade, evitando a discriminação, sem deixar de desprezar a segurança da informação da empresa, de maneira tecnicamente justificável. Todas as restrições devem ser públicas, claras e precisas. O grau de utilização dos meios da empresa para fins privados, a delimitação das condições de tratamento e a especificação das formas de controlo adoptadas devem constar de Regulamento Interno (...) Toda a política de uso dos recursos da empresa deve estar no Regulamento Interno, de maneira acessível ao empregado.
3. Os poderes de controlo da entidade empregadora —que não podem ser postos em causa— devem ser compatibilizados com os direitos dos trabalhadores, assegurando-se que devem ser evitadas intrusões. A entidade empregadora deve, por isso, escolher metodologias de controlo não intrusivas, que estejam de acordo com os princípios previamente definidos e que sejam do conhecimento dos trabalhadores. Os meios utilizados. (...) O

grau de autonomia do trabalhador e a natureza da actividade des envolvida, bem como as razões que levaram à atribuição de um e-mail ao trabalhador devem ser tomadas em conta, decisivamente, em relação à forma como vão ser exercidos os poderes de controlo. O segredo profissional específico que impende sobre o empregado (vg. sigilo médico ou segredo das fontes) deve ser preservado. O controle realizado pelo empregador não pode ser arbitrário, não devendo utilizar ferramentas subreptícias com poderes de invasão de grande alcance (ferramentas espãs que usam técnicas do tipo VNC's), o monitoramento deve-se restringir única e precisamente ao correio electrónico corporativo, respeitando a natureza de trabalho desenvolvida pelo empregado, não admitindo monitoramento de correio electrónicos de profissionais que guardam segredo profissional específico, e também não sendo permitido o armazenamento de dados (imagem, voz, teclas digitadas, senhas pessoais) íntimos e privados do trabalhador. Quanto ao acesso à Internet, o controle não pode ser discriminatório, mas generalizado, e deve visar a segurança da informação da empresa, o bom desempenho dos recursos tecnológicos disponíveis e sua performance.

4. À constatação da utilização desproporcionada deste meio de comunicação —que será comparada com a natureza e tipo de actividade desenvolvida— deve seguir-se um aviso do trabalhador e, se possível, o controlo através de outros meios alternativos e menos intrusivos. Os abusos na utilização dos meios electrónicos oferecidos pelo empregador, por parte do empregado e que excedem a razoabilidade, devem ter sanções justas, razoáveis e proporcionais à falta cometida.
5. Os prazos de conservação dos dados de tráfego devem ser limitados em função de razões relacionadas com a organização da actividade e gestão da correspondência e nunca em razão de quaisquer objectivos de controlo ou organização de perfis comportamentais dos trabalhadores. Os dados armazenados não poderão ser usados para fins diversos que os de defesa do património da empresa e de cautela em relação aos efeitos decorrentes da sua má utilização dos equipamentos tecnológicos

fornecido pela empresa, sendo vedado qualquer uso desses dados que possam comprometer a dignidade do empregado.

6. O administrador de sistema está vinculado à obrigação de segredo profissional, não podendo revelar a terceiros os dados privados dos trabalhadores de que tenha tomado conhecimento em consequência das ações de monitorização dos seus postos de trabalho. É imprescindível que dados resultantes de monitoramento da empresa tenham um tratamento seguro no transporte e no armazenamento, mediante técnicas de segurança da informação (criptografia, segurança de rede e de armazenamento e outras), a fim de evitar vazamento de informações confidenciais de empregados e da empresa. Ao responsável pela administração e segurança do sistema, deve-lhe ser imposta a obrigação do segredo profissional.
7. Devem ser consideradas as vantagens —quer para a empresa quer para os trabalhadores— que o acesso à Internet traz para o desenvolvimento da capacidade de investigação, autonomia e iniciativa do trabalhador, aspectos que podem ser capitalizados em benefício da empresa. O empresário deve proporcionar o desenvolvimento pessoal do empregado em relação ao uso da Internet e das suas ferramentas, oferecendo-lhe um ambiente de trabalho saudável, equilibrado e incentivador dos potenciais humanos, melhorando deste modo a qualidade de vida do empregado e que, conseqüentemente, fará a própria empresa crescer.
8. Por fim, na aplicação do princípio da proporcionalidade, deve sempre ser lembrado a hipossuficiência do trabalhador, procurando sempre resguardar o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

REFERENCIAS

- ALMEIDA FILHO, José C. de Araújo: *Processo eletrônico e teoria do processo Eletrônico: a Informatização judicial no Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- BARBOSA JÚNIOR, Floriano: *Direito a intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego*. LTr, São Paulo, 2008.
- BELMONTE, Alexandre A.: *O monitoramento da correspondência eletrônica*

nas relações de trabalho, LTr, São Paulo, 2004.

- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: 10/5/2009.
- : Estatuto da Criança e Adolescente. Lei nº 8069, de 13/7/1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso: 10/5/2009.
- : Código Civil. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso: 10/5/2009.
- CAMPOS, Helena. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf>. Acesso em: 17/3/2009.
- CARTA DE MARINGÁ. Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico. III Congresso Internacional de Direito Eletrônico. Maringá. Disponível em: <<http://www.ibde.org.br/>>. Acesso em 12/3/2009.
- CARTA DE CAXAMBU. I Congresso Mineiro de Justiça Digital e Direito do Trabalho. Caxambu. Disponível em: <http://as1.mg.trt.gov.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1941&p_cod_area_noticia=ACS>. Acesso em: 18/4/2009.
- DEFEITO É EM ACESSO a ‘mapa’ da internet, dizem provedores. Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/OMUL634995-5605_00-DEFEITO+E+EM+ACESSO+A+MAPA+DA+INTERNET+DIZEM+PROVEDORES.html>. Acesso em: 1/5/2009.
- DESTAQUES LEXML. Disponível em <http://projeto.lexml.gov.br/documentacao/destaques-lexml#o-que-lexml>, Acesso 10/6/2009.
- DIAS, Cláudia: *Segurança e auditoria da tecnologia da informação*, Axcel Books do Brasil, Rio de Janeiro, 2002.
- ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca: *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*, LTr, São Paulo, 2008.
- FARIAS, Edilsom Pereira: *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2008.
- GARIBALDI, Gustavo: *Panorama de la situación en Argentina*. Mensagem recebida por <adrisimeao@hotmail.com> em 1/4/2009.
- GOUVEIA, Luis M. Borges: “Uma sociedade em que a distribuição de informação se torna a mais significativa e importante atividade econômica e cultural”, disponível em <<http://www2.ufp.pt/~Imbg/com/sociedadedainformacao.pdf>>. Acesso em: 19/4/2009.
- GRUPO DE PESQUISA: Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico- IBDE. Mensagens de debates sobre monitoramento eletrônico do empregado recebidas por <adrisimeao@hotmail.com>.

- : Justiça e Direito Eletrônicos Grupo de Estudos da Escola Judicial do TRT-3ª Região-GEDEL. Mensagens de debates sobre monitoramento eletrônico do empregado recebidas por: <adrisimeao@hotmail.com>.
- : “História e evolução dos computadores”, Disponível em: www.lsi.usp.br/~ramc/dspti_arquivos/Aula%201%20-%20História%20do%20PC.doc. Acesso: 20/3/2009.
- JARDIM, Carla Carrara da Silva Jardim: *O Teletrabalho e suas atuais Modalidade*, LTr, São Paulo, 2008.
- LÉVY, Pierre: *A inteligência coletiva*. Tradução de de Carlos Irineu da Costa, Editora 34, São Paulo, 1993.
- : *A tecnologia da inteligência*. Tradução de Luiz Paulo Rovanel, Loyola, 1998.
- : *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa, Editora 34, São Paulo, 1999.
- : *Conexão planetária*. Tradução de Maria Lúcia Homem e Paulo Enthert, Loyola, São Paulo, 2001.
- Organização das Nações Unidas: “Declaração dos Direitos Humanos”. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 5/5/2009.
- PINHEIRO, Patrícia Peck: *Direito Digital*, Saraiva, São Paulo, 2007.
- REGRA DE HEREDIA. Disponível em: http://www.ijusticia.edu.ar/heredia/Regras_de_Heredia.htm. Acesso em: 10/6/2009.
- RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho: *A monitoração audiovisual e Eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito à dignidade e intimidade do do trabalhador*, Ltr, São Paulo, 2008.
- ROBERTO DE PAULA, Wesley: *Publicidade no processo judicial eletrônico: busca da indispensável relativização*, LTr, São Paulo, 2009.
- ROCHA, Marcelo Oliveira: *Direito do trabalhador e Internet - Aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era informatizada”*, Universitária de Direito, São Paulo, 2004.
- RODRIGUES, Marcus V.: *Qualidade de vida no trabalho: evolução e análise no nível gerencial*, Vozes, Petrópolis-RJ, 2008.
- SÊMOLA, Marcos: *Gestão da segurança da informação: uma visão executiva*, Campus, Rio de Janeiro, 2004.
- SIQUEIRA, Ethevaldo: *Para uma compreender o mundo digital*, Globo, São Paulo, 2008.
- SOARES, Luiz F. G.: *Redes de Computadores: das LANs, MANs, WANs às redes ATM*, Campus, Rio de Janeiro, 1995.
- SOUSA, Lindeberg Barros: *Redes de computadores, dados, voz, imagem*, Erika, São Paulo, 2000.
- TOMIZAWA, Guilherme: *A invasão de privacidade através da Internet*, JM Livraria Jurídica, Curitiba, 2008.
- VIANNA, Túlio Lima: *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*, Revan, Rio de Janeiro, 2007.
- VIEIRA, Tatiana Malta: *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação*, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2007.