ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Direito e Liberdade

AS RELAÇÕES LABORAIS E O USO DAS TECNOLOGIAS INFORMÁTICAS: O CASO ESPANHOL

LABOR RELATIONS AND THE USE OF COMPUTER TECHNOLOGY: THE SPANISH CASE

Maria Belén Cardona Rubert*

RESUMO: A finalidade do presente artigo é fazer uma análise da repercussão que a utilização de novas tecnologias, aplicadas à gestão empresarial e ao processo de produção, provocam no âmbito laboral, enfocando, principalmente, o impacto que essas tecnologias produzem no direito fundamental do trabalhador ao respeito de sua intimidade no ambiente de trabalho, assim como a capacidade que essas tecnologias possuem de influenciar na criação e manutenção do emprego. Tudo isso à luz do Direito Espanhol.
Palavras-chave: Intimidade. Emprego. Direitos Fundamentais. Impacto Direito Espanhol.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the impact that the use of new technologies applied to business management, production process, cause in the workplace, focusing mainly on the impact these technologies have on the worker's fundamental right of respect of intimacy in the workplace, as well as the ability that these technologies have to influence in the creation and maintenance of employment. All of this under the concept of the Spanish Law.
Keywords: Intimacy. Employment. Fundamental Rights. The impact of Spanish law.

* Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Valência-Espanha; professora Titular do Departamento de Direito de Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de Valência-Espanha.

1 INTRODUÇÃO

O âmbito laboral sofreu o impacto das novas tecnologias. Sua introdução no mundo laboral transformou, profundamente, a realidade produtiva: a utilização do correio eletrônico, o acesso à internet, a aceitação da firma eletrônica como forma de contrair obrigações contratuais e de finalizá-las (a demissão eletrônica), o tratamento automatizado de dados e das informações relativas ao trabalhador, a aplicação das novas tecnologias na vigilância e controle da prestação laboral, o teletrabalho, são algumas das manifestações do uso generalizado das novas tecnologias na empresa.

O impacto da tecnologia informática, portanto, revolucionou o mundo laboral, transformando profundamente a organização do trabalho, fundamentalmente, em dois aspectos mais importantes: o processo de produção e a gestão empresarial.

A atividade produtiva foi enormemente facilitada e agilizada, mas estas indubitáveis vantagens não evitaram que a implementação generalizada das novas técnicas, particularmente nos sistemas de gestão de pessoal, trouxesse à tona seu potencial lesivo, para a esfera dos direitos fundamentais da pessoa e, em concreto, para alguns aspectos mais vulneráveis da personalidade: a dignidade e a intimidade do trabalhador.

A aplicação da informática à gestão de pessoal submete a um exaustivo exame a capacidade do ordenamento jurídico de responder aos novos questionamentos suscitados, visto que, nesta situação, o Direito é chamado a encontrar o equilíbrio entre a utilização das novas tecnologias e o respeito aos direitos e liberdades do indivíduo.

A influência das novas tecnologias, no âmbito laboral, não se esgota na sua capacidade de incidir sobre a organização produtiva, senão que, ao mesmo tempo, sua introdução no mercado laboral tem indubitável consequências sobre a criação e a manutenção do emprego. Por isso, nesta breve reflexão sobre a utilização das novas tecnologias no âmbito das relações laborais individuais, será analisado, brevemente, qual está sendo o papel das novas tecnologias, particularmente daquelas conhecidas como TIC (Tecnologia da Informação e da Comunicação), na criação de emprego.

2 A AUSÊNCIA DE REGULAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA

A realidade espanhola se caracteriza, diferentemente de outros ordenamentos e da própria legislação comunitária[1], pela ausência de uma regulação legal específica para os problemas laborais derivados do emprego da informática e pela escassez, inclusive, de normas gerais.

As exceções a esta realidade são raras. Por um lado, a Lei Orgânica 5/1992 (LOTARD), de 29 de outubro, que regula o tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, e que foi elaborada para dar cumprimento à disposição constitucional (art. 18.4 da Constituição Espanhola-CE), e com vocação para resolver e cobrir o vazio legislativo existente foi posteriormente substituída pela Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, de Proteção de Dados de Caráter Pessoal, que supõe a adaptação da norma à Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Trata-se de norma cuja generalidade acarreta problemas na hora de ser aplicada a âmbitos tão específicos e diferenciados do restante do ordenamento jurídico, como é o caso do âmbito laboral, os quais os tribunais vão, pouco a pouco, ocupando-se de resolver.

Completam o elenco dessas poucas exceções legislativas a Lei 34/2002, de 11 de julho, de serviços da Sociedade da Informação e do Comércio Eletrônico e o (ainda) Projeto de Lei que trata da firma eletrônica, e que deve substituir o Decreto-Lei 14/1999, de 17 de setembro.

Essa escassa regulação normativa é acompanhada por algumas iniciativas frustradas de regulação legal, que, além de tudo, são desprovidas de interesses, por serem dirigidas a solucionar alguns dos problemas mais audaciosos na aplicação das novas tecnologias no âmbito laboral. Para citar algumas delas: A proposição de Lei do Grupo Parlamentar Misto para proceder à regulação da utilização e do acesso ao correio eletrônico e à Internet,

1 Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de julho de 1995, relativa à proteção das pessoas físicas no concernente ao tratamento de dados pessoais e a livre circulação destes dados; Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção à intimidade no setor das telecomunicações; Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da intimidade no setor das telecomunicações (Diretiva sobre a privacidade e as comunicações eletrônicas).

pelos trabalhadores e seus representantes[2], e a proposição de Lei do Grupo Parlamentar Socialista do Congresso, sobre o incremento das garantias dos trabalhadores e funcionários em matéria de direito à intimidade, à igualdade, e não discriminação[3].

A ausência de regulação legal específica obriga os operadores jurídicos e os tribunais a realizar inúmeros esforços aplicativos das normas gerais ao âmbito laboral, como tentativa de solucionar os desajustes em que tropeçam nesse labor, não conseguindo, portanto, eliminar, em todas as situações, a sensação de insegurança jurídica e de desconcerto em relação aos limites da utilização da tecnologia informática no trabalho.

3 O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E DA REGULAÇÃO UNILATERAL

O fato de os poderes normativos estatais não acenado, até o momento, no sentido de uma atuação eficaz para, finalmente, regular a aplicação das novas tecnologias da informação e comunicação na empresa, faz com que ganhem relevância as regulações alternativas, derivadas de outras instâncias e, particularmente, da autonomia coletiva.

As principais organizações sindicais têm consciência do papel que a negociação coletiva pode e deve desempenhar neste momento em que os conflitos relativos à aplicação das TIC são cada vez mais frequentes, e aos quais o legislador continua sem oferecer respostas. É o que demonstram as manifestações realizadas através de diversos instrumentos, como é o caso dos Critérios para a Negociação Coletiva de 2003, aprovados pela Comissão Executiva Confederal de Comissões Obreiras (19/11/2002), nos quais se destacam as TICs como um dos aspectos a que a regulação convencional deve prestar maior atenção.

A realidade, contudo, vem de novo caracterizada pela escassez de convenções coletivas que recolham esses novos problemas e, quando o fazem, salvo poucas exceções, oferecem regulações pobres, sobretudo parciais, e que não contemplam a todos os perfis da questão. Entre os poucos acordos co-

2 BOCG, **Boletim Oficial das Cortes Gerais**, Senado, Série III A, n. 13 (a).
3 BOCG, **Congresso dos Deputados**, VII Legislatura, Série B, Proposição de Lei, 16 de fevereiro de 2001, n. 109-1.

letivos que fazem referência ao tema, se destacam, entre outros: no setor de telecomunicações, o IX Acordo Coletivo da Telefônica da Espanha, S.A.[4], no qual se estabelecem regras precisas para a utilização dos meios informáticos na empresa; ou no setor de bancos, a Convenção Coletiva Interestadual de Caixas de Economias[5], o Acordo Coletivo do Banco de Barcklays, S.A[6].; ou, em outros setores, como seguros e comércio, o Acordo Coletivo da Mapre Grupo Assegurador, S.A[7]. e a Convenção Coletiva dos Grandes Armazéns[8].

O ano de 2003 deixa, sem dúvida, um produto convencional particularmente interessante, que acolhe, em grande medida, o espírito do Acordo Marco Europeu sobre o Teletrabalho. Refiro-me ao Acordo Marco Interconfederal para a Negociação Coletiva, que dedica um capítulo completo, o VII, ao teletrabalho.

Em todo o caso, pelo momento, a autonomia coletiva nem esgota a todos os problemas, nem o exemplo dos poucos convênios coletivos que contemplam a aplicação das TICs na empresa foi seguido pela maioria dos setores produtivos, que continuam desprovidos de norma.

Esse clima favorece, sem dúvida, o protagonismo da autonomia individual e dos códigos unilaterais de conduta, como método preferido de algumas empresas, no que tange à regulação da utilização dos meios informáticos.

A questão que surge com os códigos de conduta unilaterais é a relativa à aceitabilidade. Em princípio, os códigos de conduta, sempre e quando seu conteúdo seja regular e ajustado ao Direito, constituem uma manifestação do poder de direção do empresário, admitido pelo ordenamento jurídico (art. 20 do Estatuto dos Trabalhadores-ET).

4 O TRATAMENTO E ARMAZENAMENTO AUTOMATIZADO DE DADOS DO TRABALHADOR

No âmbito laboral, o interesse dos empregadores, no sentido de obter informação que lhes permita realizar a gestão eficiente de suas

4 Boletim oficial do Estado (BOE de 02 de julho de 2001).
5 BOE de 01 de setembro de 2001.
6 BOE de 31 de maio de 2002.
7 BOE de 02 de abril de 2002.
8 BOE de 10 de agosto de 2001.

empresas, justifica o afã em obter dados completos e precisos dos trabalhadores. No entanto, o interesse do empresário não está unicamente em questões de eficiência e rentabilidade, mas também leva em conta outras considerações, como as exigências da legislação, tais como oferecer respaldo à seleção de candidatos, salvaguardar a segurança pessoal e laboral, controlar a qualidade da prestação laboral e do serviço que se presta aos clientes, e proporcionar proteção aos bens da empresa.

Neste marco, a utilização de técnicas informáticas de recuperação e tratamento de dados ampliou, de maneira importante, as possibilidades empresariais do acesso às informações relativas aos seus empregados.

A gestão informatizada de pessoal permite que todos os dados concernentes ao contrato de trabalho, desde o momento de sua constituição até a rescisão, sejam incluídos nos bancos de dados da empresa. Com a informática, multiplica-se a capacidade de acumulação de informações e permite-se, ao empresário, reconstruir, a partir de dados aparentemente inócuos, o perfil do trabalhador, perfil suscetível de ser utilizado para os fins mais variados possíveis.

A proteção que o ordenamento espanhol proporciona a esta faceta da intimidade se move em duas direções; em primeiro lugar, em face das intromissões indesejadas na privacidade do indivíduo e, em segundo lugar, quanto à utilização ilegítima (RUBERT, 1999). Nessa linha, estava inserida a proteção que aportava a já derrogada LOTARD, na qual se inserta agora a Lei 15/1999, de Proteção de Dados de Caráter Pessoal. A citada proteção se constrói ao redor do conceito de autodeterminação informativa, ou liberdade informática, entendida como o direito de controlar os dados pessoais (art. 6 da Lei 15/1999), que no âmbito laboral se concreta no conceito de intimidade informática, ou, em um sentido mais amplo, intimidade informativa do trabalhador, que será a que confere, ao trabalhador, a faculdade de conhecer e controlar as transações e operações que se realizam com seus dados, assim como a faculdade de decidir sobre tais operações, através da concessão informada de seu consentimento, pondo-se-lhe nas mãos os instrumentos de defesa prévia previstos no ordenamento, convertendo o próprio traba-

lhador em titular dos dados que lhe dizem respeito, o que lhe garante mais eficaz intimidade.

Para o legislador espanhol, nem todos os dados merecem igual consideração. Com efeito, a lei 5/1999 privilegia o que denomina de dados sensíveis, e que se fazem dignos de uma especial proteção. Trata-se dos dados estreitamente vinculados à dignidade e à personalidade humana, e que se encontram garantidos em outros direitos fundamentais, especialmente, nos arts. 16 e 18 da Constituição Espanhola.

Como conseqüência das disposições constitucionais, existe uma proibição de indagar em tais aspectos, proibição que tem prolongações no âmbito laboral no que tange às possíveis conseqüências discriminatórias que derivam do uso que, de tais informações, faça o empresário. O art. 4.2. c) do ET declara que, na relação de emprego, os trabalhadores têm direito a não ser discriminados, entre outras, por razões de sexo, raça, idéias religiosas ou políticas, filiação ou não a um sindicato, incapacidade física, psíquica ou sensorial, e o art. 17.1 do ET estabelece a nulidade de todo pacto individual ou decisão unilateral do empresário que contenha discriminações favoráveis ou adversas no emprego, o mesmo em matéria de salário, jornada e demais condições de trabalho, pelas mesmas circunstancias. Trata-se de direitos constitucionais que gozam de eficácia direta e imediata no contrato de trabalho, e que podem ser esgrimidos diante do empresário.

A lei 15/1999 se ocupa de tais direitos no art. 7º, com o título "dados especialmente protegidos". Tais dados são aqueles que, em função de sua própria natureza, contêm informações de cujo uso incontrolado podem derivar conseqüências especialmente negativas para a pessoa a que se referem. Este prejuízo ao direito das pessoas deriva não tanto do conteúdo dos dados em si mesmos considerados, mas, por igual, do âmbito ou contexto no qual estes se utilizam.

Gozam dessa especial proteção as seguintes categorias de dados: 1) dados sobre a ideologia, religião ou crença; 2) dados relativos à origem racial, à saúde e à vida sexual, e, por último, 3) dados pessoais referentes a infrações penais ou administrativas. Com relação a todos esses

dados de caráter pessoal, estabelece-se a proibição de criar arquivos com a única finalidade de armazená-los.

No que concerne à primeira categoria de dados, dados sobre a ideologia, religião ou crença, é juridicamente irrelevante a concepção ideológica do trabalhador para a constituição, desenvolvimento ou extinção de uma relação laboral, ficando assim proibida toda indagação do empresário sobre dados relativos a tais concepções. A lei 15/1999 dota, de especial proteção, esses dados, exigindo que seu titular preste seu consentimento de modo expresso e por escrito, de forma que não dê lugar a interpretações ambíguas. O sujeito deverá ser, além disso, advertido sobre seu direito a não prestar tal consentimento, o que, transportado para o âmbito laboral significa que o trabalhador, diante do requerimento do empresário em termos de aceder aos dados desse tipo, poderá se recusar a prestar tal informação, sem que derivem conseqüências negativas para o trabalhador.

Este postulado, contudo, não tem aplicação nas organizações "cuja finalidade é realizar programas ideológicos ou de crenças. As empresas com fins políticos, religiosos, sindicais ou culturais, ou cuja atividade é indissolúvel de um determinado postulado ideológico" (GIMENO, 1986, p. 66). Empresas ou atividades que lidam com a defesa ou, no mínimo, com o acatamento de uns determinados princípios ideológicos, isto é, o que se conhece como empresas ideológicas ou de tendência (T*endenzbetrieb).*

Nesse tipo de empresa, o empresário não está proibido de indagar sobre os citados extremos, sempre que se trate de dados que permitam averiguar a aptidão profissional e a capacidade do trabalhador para desempenhar as atividades a que será destinado. De todo modo, a licença a favor do empresário não é, de modo algum, absoluta; ao contrário, encontra-se limitada àquelas prestações cuja realização exige maior conexão com o ideário da empresa, isto é, aquelas que correspondem às denominadas tarefas de tendência.

No que tange às informações relativas à origem racial e nacional do trabalhador, o conhecimento das informações sobre a nacionalida-

de do trabalhador é necessário tanto para o empresário, quanto para a Administração, para efeito de concessão e renovação das autorizações de trabalho e residência. O problema nasce, por isso que nacionalidade de origem pode fazer aparecer, indiretamente, a origem racial, assim como as convicções religiosas dos interessados, o que pode dar origem a atitudes racistas dificilmente verificáveis por outro modo. Em todo caso, trata-se de um dado que, pelas suas características peculiares, vai dificultar o cumprimento das garantias que a Lei estabelece a bem de evitar-lhe o uso abusivo, visto que, na maioria dos casos, resulta relevante para a constituição do vínculo contratual.

Com relação à vida sexual do trabalhador, está absolutamente proibido, ao empresário, indagar, ter acesso, ou submeter a tratamento automatizado ou não, a informações relativas ao comportamento sexual de seus empregados. Com independência da motivação do empresário, esse tipo de prática dificilmente se encaixa no marco constitucional, já que, ao contrário do caso anterior, não existe dúvida alguma quanto a seu enquadramento na esfera mais íntima e reservada do ser humano.

As informações relativas à saúde são informações especialmente sensíveis e, com relação às quais, o legislador espanhol ditou uma especial proteção[9]. Com relação ao ordenamento laboral, torna-se necessário recair, sobre o empresário, a obrigação de garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores que estão a seu serviço, em todos os aspectos relacionados ao trabalho, que exige a inexistência de conseqüências negativas para a pessoa do trabalhador, o que significa a garantia à segurança e à saúde, como correlato ao direito dos trabalhadores de serem protegidos eficazmente durante a prestação do trabalho (art. 4.2.d) e 19.1 ET; art. (14.2 da Lei de Prevenção de Riscos Laborais).

Para cumprir esse dever genérico, a Lei de Prevenção de Riscos Laborais (LPRL) prevê, em seu art. 22, medidas de vigilância e a reali-

9 Proteção que se inicia com a Lei Geral de Saúde (Lei 14/1986, de 25 de abril), que estabelece entre os direitos dos pacientes, o direito ao respeito de sua personalidade, dignidade humana e intimidade e a que se mantenha a confidencialidade de toda a informação relacionada com seu processo e com sua estadia em instituições sanitárias (art. 10) e abrange outras leis: a lei 15/1999, que estabelece a proibição de reclamar ou tratar estes tipos de dados, salvo que seu titular outorgue seu consentimento ou que, por razões de interesse geral, uma lei assim o disponha, assim como a Lei de Prevenção de Riscos Laborais (Lei 31/1995, de 08 de novembro), que em seu art. 22 estabelece os termos dentro dos quais essa informação deve ser manejada.

zação de controles periódicos sobre o estado de saúde do trabalhador, fixando os marcos dentro dos quais devem ser levadas a cabo tais medidas. A informação sobre a saúde do trabalhador se obtém através da realização de controles que lhe interferem na vida privada, e cujo uso pode acarretar repercussões em sua situação pessoal e profissional.

Ao empresário, permite-se-lhe a intromissão sob esse aspecto da esfera privada do indivíduo. Logicamente, essa autorização não pode ser entendida como absoluta, mas sim estritamente limitada às informações que sejam necessárias à justificação razoável do cumprimento dos deveres contratuais e da garantia da saúde do trabalhador. Ao empresário, facilitar-se-á o conhecimento das conclusões, unicamente referentes à aptidão do trabalhador no desempenho do posto de trabalho, à necessidade de melhorar ou introduzir medidas de proteção, e ao desenvolvimento correto das funções, em matéria de prevenção.

Tais outros critérios têm de ser utilizados na hora de determinar-se a legitimidade da submissão obrigatória do trabalhador à realização de testes de constatação da AIDS, de consumo de drogas ou álcool, ou de testes genéticos. Todos eles com capacidade de proporcionar dados sobre o trabalhador, cuja repercussão nas decisões empresariais é dificilmente verificável.

O Tribunal Constitucional, na sentença 202/1999, de 08 de novembro, teve oportunidade de se pronunciar sobre um caso de criação de registro de baixas médicas na empresa, com o fim de controlar o absentismo laboral. A empresa, sem o consentimento dos trabalhadores, havia criado uma base de dados em que armazenava os diagnósticos médicos relativos às baixas por incapacidade temporal dos trabalhadores, concedidas pela Previdência Social. O Tribunal Constitucional (TC) entendeu que os dados relativos à saúde são dados sensíveis e, portanto, especialmente protegidos, razão pela qual somente cabe recolhê-los, expressamente, quando houver autorização legal, ou o afetado consinta de maneira expressa. Apesar das obrigações empresariais estabelecidas nos arts. 22 e 23 da LPRL, em termos de realizar-se a vigilância periódica da saúde de seus empregados, e da elaboração e conservação da documen-

tação relativa aos controles sanitários realizados nos trabalhadores, ainda de uma relação de acidentes de trabalho e enfermidades profissionais, com incapacidade superior a um dia de trabalho, conclui-se que não concorre o interesse geral, que justificaria a autorização por lei, uma vez que a finalidade da base de dados não era preservar a saúde dos trabalhadores, mas controlar o absentismo laboral. Havia, definitivamente, que entender que o armazenamento de dados médicos constituía uma medida inadequada e desproporcionada, portanto lesiva do direito à intimidade e à liberdade informática.

A última categoria de dados sensíveis aos quais a lei 15/1999 confere especial proteção é a referente às infrações penais e administrativas. Não são, esses dados, inócuos, mas é que podem ter papel determinante no ânimo do empresário, sobretudo no momento da contratação do candidato ao emprego, o que gera atitudes discriminatórias.

A lei 15/1999 é taxativa ao excluir a possibilidade de que ditos dados sejam incluídos em arquivos privados, como os arquivos empresariais e, portanto, a detectação da presença destes, o que caracteriza inquestionável contravenção do teor da lei. Por outro lado, ainda que a lei não faça referência às infrações estritamente laborais do trabalhador, sancionada com base no poder disciplinário do empresário, à falta de menção expressa, é possível entender-lhe permitido o tratamento informático (GUANTER, 1993, p. 24).

5 A UTILIZAÇÃO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO (TIC) NAS RELAÇÕES LABORAIS

A projeção das novas tecnologias sobre as relações laborais individuais, independentemente da concreta manifestação do que se trata (correio eletrônico, navegação na internet), faz nascer algumas questões, que podem ser assim sintetizadas:

a) limites do uso extralaboral dos meios informáticos pelos trabalhadores;

b) faculdade de vigilância e controle empresarial do dito uso.

Na realidade, a difusão massiva das tecnologias da informação não in-

troduziu conflitos distintos dos que já haviam surgido no que concerne à utilização de meios da empresa para fins privados, nem o direito de o empresário controlar tal utilização. Contudo, certamente a utilização das tecnologias da informação e comunicação (TIC) multiplica as faculdades de controle empresarial e, portanto, sua capacidade para fiscalizar a execução da prestação laboral.

Não se trata de incremento unicamente quantitativo, mas também fundamentalmente qualitativo. A possibilidade de monitorizar os computadores, os controles sobre a navegação na internet e o correio eletrônico permite realizar controles mais incisivos, com menor esforço, por parte do empresário. Ditos controles, ainda que sejam realizados dentro do mais rigoroso respeito ao Direito, podem chegar a pôr em risco o segredo das comunicações e o direito dos trabalhadores à intimidade.

5.1 O USO DO CORREIO ELETRÔNICO

Uma das manifestações da implantação generalizada das novas tecnologias da informação na empresa é a utilização massiva do correio eletrônico, como meio de comunicação na empresa e, portanto, como instrumento de trabalho utilizado pelos trabalhadores. A questão é que, segundo manifestam os estudos especializados, a utilização desse instrumento de trabalho, na relação laboral, é cada vez mais privada, ou dito de outra maneira, incrementa-se-lhe a utilização para fins alheios ao contrato de trabalho. Calcula-se que cerca de 42% dos empregados usa o computador destinado ao trabalho, para fins pessoais[10].

Trata-se de um novo meio de comunicação que foi adotado praticamente em todas as empresas, mas cuja introdução gera algumas incertezas.

O debate, na Espanha, sobre os limites da utilização legítima do correio eletrônico, no ambiente de trabalho, foi introduzido quando se discutiu a demissão de um empregado pelo Banco Alemão. Essa demanda deu origem à Sentença do Tribunal Superior de Justiça da Cataluna, de 14 de novembro de 2000[11]. A conduta do trabalhador demitido con-

10 Disponível em: <http://www.optnet.com>.

11 Sentença que resolveu o Recurso Ordinário, interposto pelo Banco Alemão frente à Sentença da Vara do Trabalho de Barcelona de 21 de março de 2000.

sistiu na utilização do correio eletrônico que a empresa pôs à disposição dos seus empregados, para fins desvinculados dos objetivos profissionais a que se lhe habilitava o uso. Concretamente, o trabalhador havia enviado 140 mensagens, em horário laboral, com o correio eletrônico facilitado pela empresa, a outros trabalhadores, e para o seu próprio endereço eletrônico num total de 298 destinatários, com conteúdo claramente pessoal (humorístico, sexual...).

A utilização abusiva de um instrumento de trabalho para fins próprios gera, sob a perspectiva empresarial, numerosos inconvenientes ou prejuízos. Em primeiro lugar, destaca-se o dano que, não podendo ser apreciado em relação ao custo da chamada, pode sê-lo no que concerne ao lucro cessante, isto é, o tempo que o trabalhador deixa de dedicar à prestação efetiva do trabalho, dedicando-o a tarefas diversas, o que redunda não apenas na diminuição de seu rendimento, mas também na diminuição do rendimento dos companheiros aos quais envia suas mensagens.

Por outro lado, esse uso desviado pode comprometer a capacidade do sistema informático para transmitir informação, segurança, imagem ou competitividade da empresa, mediante a transmissão de informações confidenciais, relativas a empregados, clientes ou provedores, a terceiros alheios à empresa, ainda a realização de práticas de assédio sexual a outros companheiros de trabalho, pela utilização desse novo meio de comunicação, por exemplo.

O que parece claro é que, com independência de qual seja o dano concreto que se valore, o interesse do empresário pode ser comprometido pelo uso irregular e abusivo do correio eletrônico, e essa conduta, em si mesma, constitui uma transgressão da boa-fé contratual (NAVARRO; MAZZUCCONI, 2002, p. 75-77), além do abuso da confiança depositada no trabalhador, diante do que se reconhece, ao empresário, a capacidade de reação com medidas disciplinares ao uso (art. 54 do ET), mais a faculdade de prevenir ditas condutas mediante o exercício do poder de controle da atividade produtiva.

A questão é que é legítimo o interesse do empresário de controlar

a execução da prestação de trabalho por parte de seus empregados, e o uso que dos instrumentos de trabalho se realizam, quando este não seja proporcional, justificado e com a adoção das cautelas suficientes, pode acarretar lesões aos direitos fundamentais previstos no art. 18 da CE, a intimidade e ao segredo das comunicações do trabalhador, cuja declaração solene em sede laboral se encontra no art. 4.2.e) do Estatuto dos Trabalhadores, que estabelece o respeito à intimidade do trabalhador e a consideração devida a sua dignidade, incluída a proteção ante a ofensas verbais ou físicas, de natureza sexual.

O art. 20.3 do ET reconhece e delimita as faculdades de controle e vigilância do empregador, quando estabelece que este poderá adotar as medidas de vigilância e controle que estime mais oportunas, para verificar o cumprimento, pelo trabalhador, de suas obrigações e deveres laborais, guardando em sua adoção e aplicação a consideração devida à sua dignidade humana. Também nos artigos 18 e 20.4 do ET, nos quais o legislador regulou os direitos empresariais de registro sobre a pessoa e bens do trabalhador, como também a comprovação de sua situação patológica aparece aquela possibilidade de regulação como único limite às faculdades potestativas do empresário.

A *ratio* de todos estes artigos não é o impedir o controle empresarial, senão defender a privacidade do trabalhador dos ataques invasivos e desproporcionados em sua esfera privada. Em concreto, o art. 20.3 do ET delimita as faculdades do empresário e faz-lo submetendo-o a dos limites instransponíveis.

O primeiro deles se encontra na finalidade do controle, já que ele somente pode verificar o cumprimento, pelo trabalhador, de suas obrigações e deveres laborais. A faculdade de controle não é ilimitada, mas está condicionada pelos limites próprios do contrato de trabalho, de maneira que não pode alcançar mais que os extremos que guardam direta relação com o contrato.

O segundo limite é a dignidade do trabalhador, dado que a dignidade da pessoa, consagrada constitucionalmente no art. 10.1, acha-se presente em todos os direitos fundamentais e, claro, no direito à intimi-

dade (arts. 18 da Constituição e 4.2 do ET).

Por outro lado, sob a perspectiva do trabalhador, não cabe invocar o direito da pessoa à conservação incondicional da intimidade. As especiais características do contrato de trabalho convertem em ilegítima uma certa redução da zona protegida pela norma, visto que a idéia do ingresso na organização empresarial comporta uma certa limitação dos direitos dos quais o indivíduo é titular (LÓPEZ, 1985, p. 65), sem que isso possa justificar medidas incompatíveis com a dignidade da pessoa do trabalhador. A norma impede a todo controle ou fiscalização da vida privada do trabalhador, desvinculada dos aspectos técnico-organizativos do trabalho, e a toda vigilância que elimine o espaço de liberdade da pessoa, o que está na própria essência do direito à intimidade (SEIN, 1988, P. 116-117).

Como acontece sempre que surge um conflito ou tensão em sede laboral, trata-se de procurar alcançar o difícil equilíbrio entre os interesses empresariais e os direitos do trabalhador. Com a introdução das novas tecnologias, resulta inevitável uma certa abertura da intimidade do trabalhador, na empresa: o trabalhador deve, necessariamente, perder um pouco de sua intimidade laboral (ZANELLI, 1993, p. 116-117), sempre que a faculdade de controle do empresário seja exercida de modo racional e objetiva.

No legítimo exercício das faculdades de vigilância e controle, do empresário, é necessária a utilização de técnicas que tenham em conta tanto as exigências do empresário como as do trabalhador. Alcançar uma solução que contemple os interesses em conflito não será tarefa fácil. Ainda que seja necessário fazer esforços para achar tal equilíbrio, não existe, todavia, sistema algum capaz de preservar a intimidade do trabalhador, de modo absoluto, sem que isso signifique que não seja necessário conferir ao trabalhador as máximas garantias possíveis.

O problema do controle empresarial do uso do correio eletrônico suscita o de que, para realizá-lo, o empresário acudirá, em primeiro lugar, o sistema de controle que permite, de maneira mais eficaz, conhecer qual foi o uso que o empregado realizou do correio: a monitorização do

correio eletrônico, que comporta, ineludivelmente, a intromissão do empresário no conteúdo das mensagens ou, no mínimo, a identificação do emissor da mensagem e do destinatário. Isso, por si só, já suporia, como destacou o TC na sentença 114/1984, de 29 de novembro, uma violação do segredo das comunicações, que abrange não só o conteúdo da comunicação, mas também a identidade subjetiva dos interlocutores. O TC, nas sentenças 70/2002, de 03 de abril e 123/2002, de 20 de maio, na mesma linha da sentença de 1984, realiza uma interpretação tecnologicamente atualizada do direito ao segredo das comunicações, entendendo que este oferece tutela às interferências em todo tipo de comunicação, independentemente da técnica de intromissão utilizada, e com independência do conteúdo da mensagem (conversas, imagens, informações, dados, votos etc.).

Diante de tudo isso, parece imprescindível, a partir da tolerância de um certo uso extralaboral do correio eletrônico, como ocorre com o telefone, sempre que não se converta em abusivo, reconhecer a faculdade do empresário de controlar o uso do correio eletrônico, mas exigindo-lhe que, em seu exercício, sejam utilizados métodos de controle respeitosos com os direitos fundamentais, como: a medição do volume do tráfico, gerado com relação à tarefa desenvolvida, a utilização de sistemas de detecção de determinadas palavras de diversa índole, a concessão de uma dupla quota de correio, uma para uso profissional, outra para uso pessoal. Definitivamente, é necessário realizar um esforço imaginativo que permita conciliar os interesses de ambas as partes.

5.2 A NAVEGAÇÃO NA INTERNET

O uso privado da Internet, na empresa, reproduz as mesmas questões que surgem com o uso do correio eletrônico, isto é, a legitimidade de uso estritamente laboral, por parte do trabalhador, e a faculdade de o empresário controlar essa utilização, respeitando a privacidade do trabalhador.

São indubitáveis os prejuízos que resultam, para a empresa, do

uso abusivo da internet. Além dos custos diretos que a menor produtividade do empregado supõe, para a empresa, o uso privado da internet também redunda em congestão da rede da empresa, pois os empregados não se limitam apenas a visitar home page de diversos tipos (páginas pornográficas, relacionadas aos sentimentos), segundo seus próprios interesses, mas também é comum aproveitar-se a melhor infra-estrutura informática da empresa para efetuar descarga de arquivos MP3 ou de vídeo, com potencial suficiente para causar um colapso no tráfico informático, reduzir a velocidade da transmissão de informação e obrigar, dessa maneira, a empresa a ampliar a capacidade da internet, incrementando as inversões econômicas destinadas a tal fim.

Logicamente, diante de comportamentos desse tipo, confere-se ao empresário a faculdade de controlar o uso que o trabalhador faz da internet, com a finalidade de defender os interesses da empresa e de descobrir as utilizações da internet alheias aos fins inerentes ao contrato, para que se considerem abusivas. A questão é: em que termo se deve indagar essa capacidade de controle, para que seu exercício não coloque em perigo a intimidade do trabalhador contra o qual se realiza a investigação, para verificar se realizou, ou não, uso ilegítimo desse instrumento de trabalho, alheio ao que se poderia considerar utilização razoável e, portanto, contrária à boa-fé contratual.

O usuário da internet, mais além dos dados pessoais, que pode informar voluntariamente, segundo os *sites* a que acede, revela, de maneira inconsciente, hábitos, gostos, preferências, ideologia política, religiosa, opções sexuais etc. Dados cujo processamento permite reconstruir perfis fiéis dos usuários.

Cada máquina da rede tem designada um endereço IP (*Internet Protocol*) que permite ao responsável da rede e ao provedor de acesso descobrir o usuário com este endereço, assim como todas as informações relativas ao tipo de comunicação: a hora e a data da conexão, informações técnicas que caracterizam o tipo de uso (acesso a páginas web, mensagens, etc.), as tentativas conseguidas, ou não, de conexão com sites. Todos esses dados são recolhidos automaticamente pelos prove-

dores de acesso e colocados em um arquivo chamado "arquivo log", que permite conhecer os costumes, gostos e interesses dos internautas.

O emprego conjunto dos "arquivos log", ao lado de outras técnicas invisíveis da informação, como os "cookie"[12], técnicas utilizadas na internet para estabelecer a comunicação entre computadores distantes, permite fazer cópias de informação, em grande qualidade, relativa ao internauta, de maneira que a monitorização do uso da internet pelo empregado permite, ao empresário, conhecer com exatidão qual é o perfil do trabalhador, através do rastro que deixou na navegação.

As informações relativas ao tráfico informático pertencem à esfera da intimidade do trabalhador e, como tal, devem ser protegidas do uso que o empresário pretenda fazer delas, mediante a aplicação dos critérios legais gerais (art. 20.3 do ET), isto é, mediante a utilização, por parte do empresário, de técnicas que respeitem a privacidade do trabalhador. Por isso, impõe-se, em princípio, salvo casos excepcionais, evitar a monitorização do uso realizado pelo trabalhador, para acudir mecanismos alternativos; em concreto, a utilização dos denominados "Universal Resource Locator Filtering" ou sistema de filtro do acesso à internet, filtros que podem ser anteriores ou posteriores ao uso.

Os filtros iniciais podem atuar de maneira absoluta, filtrando tudo e somente permitindo o acesso a domínios previamente determinados pelo empresário ou, preferencialmente, pelo empresário e pelos representantes do trabalhador, ou ainda, filtros que impeçam o acesso, unicamente, a determinados domínios proibidos, enquanto os filtros posteriores atuam a posteriori, a partir do estudo estatístico das conexões, quando se supera uma determinada porcentagem do tráfico normal, porcentagem fixada de comum acordo pelo empresário e pelo representante dos trabalhadores.

Os tribunais, por sua vez, tiveram ocasião de se pronunciar sobre a legitimidade dos controles empresariais sobre o uso da internet pelos trabalhadores, aplicando a doutrina do TC, ou seja, o critério da

12 O "cookie" é um pequeno arquivo emitido por um servidor consultado por um usuário, gravado em seu disco duro e, posteriormente, suscetível de ser identificado pela máquina que a gerou. Conserva-se durante um tempo e pode conter a informação que a página web visitada queira incluir nele. Para uma descrição minuciosa das técnicas invisíveis e dos riscos para os direitos fundamentais (MARTINEZ, 2003).

proporcionalidade, exigindo, portanto, a superação do triplo juízo de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito. É o caso da STSJ de Madrid, de 04 de dezembro de 2001, que considera que o controle, pelo empresário, dos acessos à Internet, por um trabalhador, ainda que se considere medida idônea para conseguir o objetivo perseguido (verificar a natureza laboral ou extralaboral do uso), não se reputa necessário a aplicações informáticas úteis ao fim proposto, que não requeiram a entrada no computador pessoal, razão pela qual não supera o triplo juízo de proporcionalidade.

Em resumo, é possível o controle empresarial do uso da internet, mas não qualquer controle, senão apenas aqueles que respeitam a esfera dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

6 CONCLUSÃO: AS NOVAS TECNOLOGIAS E O EMPREGO

O cenário laboral atual aparece, sem dúvida, marcado pela introdução e desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação. No caso espanhol, e em comparação com outros Estados comunitários, observa-se um incipiente e sustentável desenvolvimento, que não é exclusivo do mundo laboral, mas que afeta a sociedade espanhola, em seu conjunto. Isso foi demonstrado por alguns dados: no ano 2000; os gastos em TIC *per capita* cresceram, na Espanha, em um percentual interanual de 18%, cinco pontos percentuais além da média européia;[13] no ano 2001, a porcentagem de lares que dispõem de um PC é de 29%, o que supõe um crescimento anual de 7,4%[14]; outro dado que vem confirmar a tendência apontada, é que 90,2% dos centros de ensino primário e secundário, segundo dados do curso 2000/2001, têm conexão à internet.

No âmbito da sociedade da informação, incrementa-se a demanda de trabalhadores qualificados e criam-se novos empregos relacionados diretamente com as TICs, ao tempo que essa nova tendência não fica nos setores estritamente tecnológicos, mas contagia também os setores

13 MYCT, European Information technology Observator (EITO) 2002.

14 MYCT, Asociación Española de Empresas de Tecnologías da Informação (Sedisi) 2000-2001.

produtivos, de maneira que se converte em exigência universal, quase para todo tipo de posto de trabalho, no mínimo, a familiarização no manejo das TICs.

Abrem-se, assim, novas possibilidades de emprego na sociedade baseada no conhecimento e na tecnologia, é não de qualquer emprego, senão o emprego de alta qualidade[15].

Tudo isso dentro de estratégias globais dos Estados membros da União Européia que, a partir, sobretudo, do Conselho Europeu de Lisboa, de 23 e 24 de maio de 2000, reúnem esforços na consecução de um novo objetivo estratégico comum à União Européia: converter-se na economia baseada no conhecimento mais competitivo e dinâmico do mundo, capaz de crescer economicamente de maneira sustentável, com mais e melhores empregos e com maior coesão social. Para tão ambicioso objetivo, em Lisboa, estabelece-se a necessidade de começar a adaptar os sistemas educativos e de formação europeus às demandas da sociedade do conhecimento, para o que os Estados Membros devem redobrar os esforços a favor do uso da tecnologia da informação e comunicação, para a aprendizagem.

Esse processo de abertura às TICs, potenciado a partir de instâncias comunitárias, pode comportar, todavia, novas formas de exclusão social. Começa-se a analisar a relação entre a pobreza e o risco de divisão tecnológica, como o de que os grupos de ingresso mais baixos têm menos acesso à tecnologia e, portanto, apresentam maior risco de ficar excluídos do mercado de trabalho e do desenvolvimento social geral e cultural[16]. É o que se conhece como infomarginalidade, e que atinge, particularmente, aqueles coletivos que já reúnem, em si, notas que os fazem merecedores da qualificação de coletivos em risco de exclusão social (imigrantes, idosos, habitantes de zonas rurais ou incapacitados).

No caso do Estado Espanhol, e seguindo as diretrizes comunitárias, os diversos planos anuais de ação para o emprego se convertem em

15 Decisão da Comunidade Européia de 18 de fevereiro de 2002, relativa às diretrizes da política de emprego dos Estados Menbros para o ano de 2002 (Pilar II).

16 Livro Branco da Comissão Européia: **Um novo impulso para a juventude européia**, 21 nov. 2001, COM (2001) 681 final.

constantes atuações previstas; a referência à potencialização da utilização das TICs, fundamentalmente, através da formação, como mecanismo idôneo para melhorar a empregabilidade dos diversos coletivos[17]. Tais atuações se articulam em diversos programas e projetos, que não perdem de vista o novo risco de exclusão sociolaboral (a infomarginalidade), razão por que são freqüentes, de maneira exclusiva ou não, as referências a coletivos com maiores dificuldades de acesso às TICs. Entre outros:

a) o Programa: "Internet para todos", dirigido a todos os cidadãos, mas que se destina especialmente aos coletivos com maior risco de infomarginalidade;
b) o programa de alfabetização digital, dirigido a associações representativas de coletivos de cidadãos com maiores dificuldades para aceder à Sociedade da Informação;
c) a iniciativa INFO XXI;
d) o impulso de programas de novas tecnologias em zonas rurais, através de projetos como FORINTEL PYMES XXI, cujo objetivo é a formação, em TIC, de 4.000 trabalhadores de PYMES, em cidades com número de habitantes entre 2.000 e 5.000.

REFERÊNCIAS

GIMENO, Francisco Blat. **Relações laborais em empresas ideológicas.** Madrid: Ministério do Trabalho e Previdência Social, 1986.

GUANTER, Salvador Del Rey. Tratamento automatizado de dados de caráter pessoal e contrato de trabalho: uma aproximação á intimidade do trabalhador. **Relações laborais**, n. 15, Madrid: La Ley, 1993.

LÓPEZ, Maria FernandaFernández. Liberdade ideológica e prestação de serviços. **Relações Laborais**, n. 7, Madrid: La Ley, 1985.

17 Plano Nacional de Ação para o Emprego do reino de Espanha do ano 2003. Também no PNAE do ano 2003 aparece a referência às novas tecnologias, mediante o fomento da criação de emprego no setor de serviços e desenvolvimento da sociedade da informação.

MARTINEZ, Ramón. **A proteção constitucional dos direitos fundamentais frente ao uso das novas tecnologias:** o caso da internet**.** Valencia: [s.n], 2003.

NAVARRO, Antonio Valverde Sempere; MAZZUCCONI, San Martín. **Novas tecnologias e relação laboral.** Cizur menor: Aranzadi, 2002.

RUBERT, Maria Belén Cardona. **Informática e contrato de trabalho.** Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

SEIN, Jóse Luiz Goni. **O respeito à esfera privada do trabalhador**. Madrid: Civitas, 1988.

ZANELLI, Pietro. **Lei e contratação coletiva.** Milão: Giuffrè, 1993.