

Recebimento do artigo: 03/06/2008

Aprovado em: 30/06/2008

Adalberto Martins

São Paulo, SP, Brasil
adalb2002@uol.com.br

Sumário

1 Considerações iniciais. 2 O direito ao trabalho como um dos direitos humanos de segunda geração. 2.1 O trabalho como um dos direitos do homem. 2.2 As primeiras declarações que protegeram o trabalho e os direitos sociais. 2.3 O direito como instrumento de emancipação e reconhecimento da dignidade humana. 3 Questões atuais. 3.1 O teletrabalho. 3.2 Direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo da comunicação do trabalhador. O uso do *e-mail* no ambiente de trabalho. 3.3 Direito ao lazer. Direito ao não-trabalho. 4 Conclusão. 5 Bibliografia.

Professor Doutor dos curso de graduação e pós-graduação em Direito UniFMU. Professor Doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP. Juiz Titular da 79ª Vara do Trabalho de São Paulo. Membro do Conselho Consultivo da Revista Mestrado em Direito.

Rogério Guidoni Gonzáles

São Paulo, SP, Brasil
rogerioguidonigonzales@gmail.com

Assistente do Juiz Dr. Adalberto Martins no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

Resumo

O presente artigo objetiva uma breve reflexão sobre as relações de trabalho diante das exigências do capitalismo, derivadas do uso das novas tecnologias em contraposição com o direito ao lazer e intimidade do empregado, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

Palavras-chave

Trabalho e tecnologia. Direito ao trabalho. Direito ao lazer. Direito à intimidade. Dignidade da pessoa humana. Uso do *e-mail* no trabalho.

Abstract

This paper aims at presenting a brief analysis of the labor relationships, and demands of the capitalism, caused by the usage of the new technologies and principles of dignity of human being and social value of the labor, in spite of the leisure right and privacy of the employee.

Key words

Labor and technology. Labor right. Leisure right. Right to privacy. Dignity of human being. Use of e-mail at work.

1 Considerações iniciais

O acelerado progresso tecnológico e a divisão do trabalho cada vez mais interdependente estão afetando profundamente as relações de trabalho concebidas a partir do início da revolução industrial. Conforme nos ensina Eric Hobsbawm, a mola propulsora desse desenvolvimento é o modo capitalista de produção, que tem se apresentado como “uma força revolucionadora permanente e contínua”¹. Diante desses acontecimentos, a historiadora Virgínia Fontes observou que

o recuo da experiência soviética (mesmo com todas as suas limitações) acompanhou-se imediatamente a retirada de direitos ligados aos contratos de trabalho. Terceirizações e precarização dos vínculos trabalhistas são agravadas pelo corte dos direitos sociais².

No mesmo sentido, cumpre-nos registrar que o diagnóstico referido é compartilhado pelo professor Fábio Konder Comparato, ao afirmar que

os direitos humanos de proteção ao trabalhador (...) só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX (...) tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo³.

Assim, a partir das fontes materiais narradas nessa apertada síntese do cenário mundial, pretendemos fazer uma pequena análise do direito do trabalho. A primeira parte do presente estudo será dedicada ao direito ao trabalho como um dos direitos humanos de segunda geração, idéia que servirá de ponto de partida para algumas reflexões sobre questões atuais, abordadas na segunda parte.

2 O direito ao trabalho como um dos direitos humanos de segunda geração

A importância dos direitos humanos de segunda geração pode ser expressa por meio da insuficiência das meras garantias formais que o direito assumia, em sua concepção tradicional e privatística. Assim, “de nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe,

¹ HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**. O breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 25.

² FONTES, Virgínia. O espectro que o capital recria. **Revista História Viva – Grandes Temas**. 90 anos Revolução Russa - a utopia é vermelha. O momento mágico em que os trabalhadores reescreveram a história com suas próprias mãos. Edição especial temática n. 18. p. 98.

³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55.

de condições materiais para exercê-las”⁴.

189

2.1 O trabalho como um dos direitos do homem

Inicialmente, ressaltamos que o trabalho se apresenta, nas diversas teorias, como um fenômeno ínsito ao ser humano.

Assim, para a doutrina social da igreja, desde a publicação da Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, em 1891, cujos ensinamentos foram renovados pela Encíclica *Laborem Exercens* do Papa João Paulo II, em 1981,

o trabalho humano é uma das características que distingue o homem das demais criaturas, cuja atividade, relacionada com a manutenção da vida, não pode chamar-se de trabalho; só o homem é capaz de trabalhar, só ele o pode levar a cabo, enchendo com o trabalho sua existência sobre a terra. Desse modo, o trabalho traz em si um sinal particular do homem e da humanidade⁵.

Já para o marxismo,

o ser social cria e renova as próprias condições da sua reprodução. O trabalho é, portanto, resultado de um pôr teleológico que (previamente) o ser social tem ideado em sua consciência, fenômeno este que não está essencialmente presente no ser biológico dos animais. É bastante conhecida a distinção marxiana entre a abelha e o arquiteto. Pela capacidade de prévia ideação, o arquiteto pode imprimir ao objeto a forma que melhor lhe aprouver, algo que é teleologicamente concebido e que é uma impossibilidade para a abelha⁶.

Dessa forma, o direito ao trabalho aparece como um direito subjetivo fundamental não destacável da pessoa de seu titular, pois é afeito à própria existência da pessoa humana e ligado a ela de maneira perpétua.

2.2 As primeiras declarações que protegeram o trabalho e os direitos sociais

A constituição do México, promulgada em 5 de fevereiro de 1917,

foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 159.

⁵ *Laborem exercens*, encíclica sobre o trabalho humano, Roma, 1981, *apud* RUPRECHET, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 104.

⁶ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. 7. reimpressão. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 136.

humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada⁷.

O mais importante

é o fato de que a Constituição mexicana (...) foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria (...) e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração (...) da pessoa humana⁸.

Além do pioneirismo da referida carta política, necessária a menção à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, advinda da revolução soviética, que proclamou, como seu objetivo primordial “suprimir toda exploração do homem pelo homem”⁹, sendo importante ressaltar o significado de seu *mundialismo*¹⁰ no reconhecimento dos direitos sociais.

Assim, os direitos humanos de segunda geração (dentre eles o direito ao trabalho), elevados à natureza de direitos fundamentais do homem, começaram a ser vistos como verdadeiros paradigmas e referenciais éticos orientadores da ordem internacional, inclusive na contemporaneidade, vez que “sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais”¹¹. Portanto, há que se ressaltar a importância do direito ao trabalho, enquanto *social welfare right*.

No Brasil, “a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulve-

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 178.

⁸ *Idem*, p. 181.

⁹ “O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome, e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. Malheiros, 2007, p. 161.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. (Coord.) **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo: LTr, 2005, p. 339.

rizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social”¹². Assim, verifica-se, por meio da análise topológica, que o Capítulo II (dos direitos sociais – arts. 6º a 11) está contido no Título II (dos direitos e garantias fundamentais – arts. 5º a 17) da Constituição Federal, inaugurando o Constitucionalismo Social entre nós.

2.3 O direito como instrumento de emancipação e reconhecimento da dignidade humana

Partilhamos da idéia segundo a qual o direito, nos primeiros anos da modernidade, foi utilizado como instrumento de dominação, “para descrever o processo de alienação ideológica ao qual o mais forte submete o mais fraco”¹³, mormente quando se considera que “um dos maiores escândalos que macularam a proteção de direitos humanos entronizada nas Revoluções burguesas foi a manutenção da escravidão do homem negro. Cabe mencionar que muitos dos pais fundadores da democracia americana foram também proprietários de escravos (Jefferson, Madison e George Washington). Outro ponto falho no contexto dos primeiros documentos consagradores de direitos humanos é o seu enfoque censitário e sexista no caso do exercício dos direitos políticos (estavam desprovidos do direito a voto nos primórdios do Estado Constitucional, as mulheres e os despossuídos)”¹⁴.

Por esses motivos, passa a fazer sentido “falar em **direitos humanos** como racionalidade que deseja subverter a lógica inicial do direito a fim de superar velhos mecanismos de dominação”^{15 e 16}.

Assim, a construção incessante dos direitos humanos de segunda geração vem representada pelo florescimento de institutos e instituições jurídicas¹⁷ voltadas para

¹² *Idem*, p. 352.

¹³ ARANHA, Guilherme Arruda. Direitos humanos e dignidade. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007, p. 14. v. 2.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ “O que se conta (...) [*com referência aos direitos humanos*] é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1. (Destaques nossos).

¹⁷ “A tensão entre a perspectiva liberal e a democrática presente no pensamento político-jurídico kantiano leva-o a procurar manter a dupla exigência de respeito aos direitos humanos e a soberania popular. É a essa dupla exigência que Habermas chama de intuição kantiana da co-originariedade de soberania popular e direitos humanos, a soberania popular pressupondo os direitos

192 a defesa da dignidade humana contra o aviltamento, a miséria, a exploração etc., sinalizando o porvir de uma desejada “primavera dos povos” (expressão designativa das revoluções europeias de 1848, movimentos sociais em que membros da burguesia exigiam governos constitucionais, e trabalhadores e camponeses se rebelaram contra os excessos da industrialização e do capitalismo).

3 Questões atuais

Com vistas à efetivação da dignidade da pessoa humana, passaremos a analisar questões práticas e atuais que são colocadas para o direito do trabalho. O abandono da visão reducionista da relação de emprego, tratada apenas no plano meramente patrimonial, como se as obrigações das partes se restringissem à prestação de trabalho pelo empregado, é uma premissa do presente estudo.

3.1 O teletrabalho

Falar em direito ao trabalho (art. 6º da CF) significa falar em direito ao trabalho não precarizado ou não desprotegido, a fim de se preservar a dignidade da pessoa humana.

Assim, poderíamos nos referir ao teletrabalho ou ao trabalho à distância não como mais uma relação jurídica fabricada pelas exigências da sociedade moderna, visando à descaracterização do emprego e dos encargos ou custos sociais que ele representa, mas como uma relação jurídica que, mesmo longe dos olhos físicos do empregador, se submeta a limites rígidos e bem definidos.

Destarte, o Código de Trabalho de Portugal de 2003, cuja Seção IV dispõe sobre o teletrabalho, objeto de um contrato de emprego por meio de regras dispostas em 11 artigos; em seu art. 236,

assegura ao teletrabalhador (...) os mesmos direitos garantidos aos outros trabalhadores, quer no tocante à formação e promoção, quer no que se refere às condições de trabalho (...) o respeito à privacidade, ao tempo de descanso e de repouso da família¹⁸.

Assim, algumas legislações já mostram uma clara preocupação diante das novas condições sociais que desafiam o direito do trabalho na atualidade. Contudo, a falta de normatização específica sobre a matéria, no Brasil, não impede que o trabalhador, ajuizando ação perante a Justiça especializada, veja seus direitos efetivados, mormente quando se considera que o direito ao trabalho não desprotegido ou não

humanos e vice-versa, uma não podendo pretender o primado sobre a outra”. TERRA, Ricardo. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 58.

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 328.

precarizado encontra guarida constitucional (art. 6º), e que os requisitos para o reconhecimento do vínculo empregatício estão definidos em lei (art. 3º c.c. art. 6º, ambos da CLT).

3.2 Direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo da comunicação do trabalhador. O uso do *e-mail* no ambiente de trabalho

O poder diretivo do empregador pode representar séria ameaça aos direitos da personalidade do trabalhador.

Destarte, no plano internacional, já foram dados importantes passos para que se abandonasse a visão reducionista da relação de emprego, tratada apenas no plano meramente patrimonial, como se as obrigações das partes se restringissem à prestação de trabalho pelo empregado. Na Itália, o *Statuto dei diritti dei lavoratori* principia com o Título dedicado à *libertà e dignità del lavoratore*¹⁹. Em Portugal, o Código do Trabalho²⁰, vigente desde dezembro de 2003, contém toda uma subseção dedicada aos direitos da personalidade no âmbito da relação de emprego. Na Espanha, considera-se lícita a prática da vigilância por meios tecnológicos sem, contudo, dispensar a proteção devida à dignidade humana²¹.

No Brasil, no entanto, “a Consolidação das Leis do Trabalho, na mesma linha do antigo Código Civil, não se ocupou detidamente dos direitos da personalidade, com algumas poucas e raras exceções”²² (art. 482, j, e art. 483, e), haja vista o tema tenha ganhado alguma expressão com o advento da Lei n. 9.799/99, que introduziu o art. 373-A na CLT, proibindo as “revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”.

Assim, a despeito da falta de uma legislação infraconstitucional precisa sobre o tema, os direitos da personalidade do trabalhador não podem ser negligenciados. Considerando que, como ensina Sílvio Rodrigues, os direitos da personalidade são direitos subjetivos, não destacáveis da pessoa de seu titular, eis que inerentes à pessoa, tem-se que “a inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os

¹⁹ Por força do art. 4º, n. 1, do *Statuto dei diritti dei lavoratori*, è vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

²⁰ O art. 20 do Código do Trabalho de Portugal dispõe que “o empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador”.

²¹ O art. 20, n. 3, do *Estatuto de los Trabajadores* preceitua: *el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.*

²² MALLET, Estêvão. Direito de personalidade e direito do trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, a. 68, n. 11, p. 1309, nov. 2004.

194 direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie”²³.

Partindo desse panorama, passaremos a analisar uma questão prática: o uso do *e-mail* pelo empregado no ambiente de trabalho.

A disseminação do uso de *e-mails* no ambiente de trabalho vem suscitando acirradas discussões em torno da possibilidade de verificação, pelo empregador, das mensagens recebidas e enviadas pelo empregado. O uso intensivo do correio eletrônico pelas empresas deve ser debitado a três fatores: baixo custo, rapidez na comunicação e eliminação de papéis²⁴.

Inicialmente, anotamos que não há nenhuma dúvida em se afirmar que as mensagens enviadas e recebidas pelo empregado, com o uso de seu *e-mail* pessoal²⁵, se equiparam às correspondências²⁶, e daí a proteção constitucional do art. 5º, XII, da CF, carecendo de relevância o fato de fazê-lo durante o expediente de trabalho, episódio que poderá apenas configurar indisciplina ou desídia no exercício das funções, sujeitando-se ao poder disciplinar do empregador.

Favorece, pois, o empregado o sigilo da correspondência eletrônica (art.5º, XII, da CF), que se traduz em corolário do direito à intimidade e privacidade (art.5º, X, da CF), conforme amplamente defendido por Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano Augusto de Toledo Coelho²⁷, que objetivam tornar efetiva a dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha de raciocínio, Sandra Lia Simón defende que as

comunicações realizadas através do correio eletrônico, por possuírem a proteção constitucional do sigilo da comunicação de dados (art.5º, inciso XII), só serão passíveis de controle aquelas relacionadas estritamente com o trabalho. Se a empresa não criar um mecanismo que possibilite a identificação dos e-mail's privados e profissionais, em virtude da proteção constitucional, não poderá verificar nenhum deles, a não ser que possua autorização judicial²⁸.

²³ TRT – 3ª Reg, 2ª T., RO n. 16.022/01, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, julg. Em 29.1.02 In: DJMG de 9.2.02, p. 6. No mesmo sentido, ainda, TRT – 2ª Reg, 6ª T., RO n. 18956-2003-902-02-00, Rel. Juiz Valdir Florindo, Ac. n. 20030363599, julg. Em 22.7.03. In: DOE SP, PJ, TRT 2ª de 10.8.03.

²⁴ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 157.

²⁵ Trata-se da conta de correio eletrônico particular, mediante contratação dos serviços de um provedor de acesso. Cf. OLIVEIRA, Euder Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador. **Revista Justiça do Trabalho**, n. 261, São Paulo: Notadez, a. 22, set. 2005, p. 46-56.

²⁶ Na Alemanha, por exemplo, a doutrina faz essa equiparação e considera-se crime a violação das mensagens enviadas por *e-mail*. Cf. SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. LTr, 2000, p. 158.

²⁷ Cf. Direito à intimidade e à privacidade do e-mail do empregado. **Revista Justiça do Trabalho**, a. 2, n. 233, São Paulo, Notadez, maio 2003, p. 39-49.

²⁸ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 210.

Além disso, como já introduzimos acima, as mensagens enviadas e recebidas pelo empregado, com o uso de seu *e-mail* pessoal também encontram proteção pelo art. 5º, X, da CF, vez que inerentes às esferas invioláveis da intimidade e da privacidade do ser humano.

Assim, interessante a invocação da teoria alemã das esferas de proteção da personalidade, no sentido de que

tem-se que os fatos da vida de uma pessoa estão situados, segundo a possibilidade de acesso, a eles, de outras pessoas, em esferas concêntricas, de modo que as menores limitam as maiores. No que interessa ao presente estudo, vale assinalar: a) a esfera da **intimidade** abrange fatos que dizem respeito apenas à própria pessoa em sua relação consigo mesma, como suas opiniões políticas, sua fé religiosa, seu pudor, seus sentimentos, sua saúde, cabendo-lhe decidir acerca da divulgação, ou não, desses fatos; b) a esfera da **privacidade**, que abrange fatos que dizem respeito ao indivíduo em suas relações com pessoas merecedoras de sua confiança e de seu afeto, como os familiares e amigos, e que não interessam à sociedade em geral; c) a esfera **pública**, a maior de todas, que compreende fatos que desenrolam perante os olhos da comunidade²⁹.

O direito à intimidade corresponderia ao *right to be let alone* do direito norte-americano, com raízes na própria constituição³⁰, e ao direito ao segredo.

Contudo, se é verdade que o *e-mail* particular do empregado não pode ser monitorado pelo empregador, mesmo quando acessado no horário de trabalho e com a utilização dos equipamentos da empresa, haja vista o disposto no art. 5º, X, XII, da CF, o mesmo entendimento unânime não se apresenta quando se está diante do uso de *e-mail* corporativo, assim entendido aquele fornecido ao empregado com domínio do próprio empregador. Entendemos por *e-mail* corporativo aquele proporcionado pela empresa, via de regra, para o desempenho das próprias atividades do empregado.

Assim, nas situações em que o empregador tem seu próprio provedor e fornece *e-mail* ao empregado para as atividades laborais, parece-nos plenamente defensável a tese de que, se não houver autorização expressa do empregador para uso do *e-mail* corporativo, para recebimento e envio de mensagens particulares, a presunção é de que o uso seja sempre destinado à atividade profissional, sendo possível o monitoramento do empregador, inclusive quanto ao acesso à *internet*, pois se trata de equipamento de propriedade do empregador, com uso vinculado à atividade profissional.

²⁹ CASELLA, João Carlos. Proteção à intimidade do trabalhador. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. (Coord.). **Direito e processo do trabalho**. Estudos em Homenagem a Octávio Bueno Magano. São Paulo: LTr. 1996, p. 482.

³⁰ MALLET, Estevão. Direito de personalidade e direito do trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, a. 68, n. 11, p. 1311, nov. 2004.

Nesse sentido, muito comentada foi a decisão da 1ª Turma do TST, no RR 613/2000.013.10.00-7, em que funcionou como relator o ministro João Oreste Dalazen, afirmando que o rastreamento de *e-mail* não se equipara à prova obtida por meios ilícitos e não fere o direito fundamental ao sigilo da correspondência, quando se trata de provedor da própria empresa.

Assim, quando não houver qualquer permissão de uso para fins pessoais, deve se entender que o *e-mail* corporativo se equipara a uma ferramenta de trabalho, podendo o empregador dela livremente dispor, em face do direito de propriedade, não havendo qualquer direito à intimidade que deva ser preservado, conforme bem assinalado por João Oreste Dalazen³¹.

3.3 Direito ao lazer. Direito ao não-trabalho

Em interessante artigo sobre o “direito à desconexão do trabalho”, Jorge Luiz Souto Maior³² registrou, com muita acuidade, a existência de um bem da vida que deve ser protegido pelo direito, como forma de preservação do ser humano e como política de inclusão social: o não-trabalho ou a desconexão ao trabalho ou, como preferimos, ao lazer.

Assim, o direito à desconexão do trabalho seria até mesmo um “fator de resgate da natureza humana”³³, vez que propiciaria ao homem, enquanto gênero humano, “encontrar-se a si mesmo, para que consiga ser pai, mãe, filho, amigo; para que leia livros, assista filmes etc.; para que tenha tempo para rir, chorar, se emocionar. Não se alcança a plenitude do ser sem o sentimento”³⁴, a fim de se evitar a perversa combinação entre a “era da informatização” do trabalho com a “época da informalização” ou precarização ilimitada do trabalho, bem como com a finalidade de construir “padrões jurídicos que busquem a humanização do avanço tecnológico”³⁵.

Suas reflexões também já foram estudadas por Ricardo Antunes, que assim definiu a questão:

a redução da jornada de trabalho tem sido central na ação dos trabalhadores, **condição preliminar**, conforme disse Marx, para uma vida emancipada (...) permitir uma reflexão fundamental sobre o **tempo**, o **tempo de trabalho**, o **autocontrole sobre o tempo de trabalho** e o **tempo de vida** (...) é, no fundo, uma batalha de **civiltà** (...) com

³¹ Cf. E-mail: o empregador pode monitorar? **Folha de São Paulo**, 17 jun. 2003, p. A3.

³² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 1, n. 1, jan./jun. 2006. p. 91-95.

³³ *Idem*, p. 113.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Idem*, p. 112.

isso entramos em outro ponto que entendo crucial: uma vida cheia de sentido **fora** do trabalho supõe uma vida dotada de sentido **dentro** do trabalho³⁶

para o florescimento da personalidade humana em sua totalidade.

Jorge Luiz Souto Maior aponta, ainda, alguns obstáculos para a tutela do direito à desconexão³⁷: a) a dificuldade de tutelar o não-trabalho em um mundo marcado com a inquietação do desemprego; b) como tutelar o não-trabalho por meio da humanização da tecnologia, se esta tem escravizado o homem ao trabalho? c) conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, o trabalho dignifica o homem; contudo, sob outro ângulo, é o trabalho que retira essa dignidade do homem, ao avançar sobre sua intimidade e vida privada.

Entretanto, aponta a imperiosa necessidade de que se desenvolva, a partir de uma perspectiva técnico-jurídica, uma forma de preservação daquele bem da vida (o direito ao lazer) em concreto, por meio de uma prestação que se deduza em juízo. Um direito cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente³⁸. Portanto, o direito ao lazer de um titular se harmonizaria com o direito ao trabalho de toda a sociedade e vice-versa.

Esse bem da vida (o direito ao lazer) deve ser tutelado pelo direito, por meio de técnicas jurídicas de controle e repressão rigorosas da prestação de serviços em sobrejornada, admitida como exceção, haja vista os limites diário e semanal da jornada de trabalho impostos no art. 7º, XIII, da CF; como por exemplo, podemos citar o advento da Súmula no 338 do TST³⁹ sobre inversão do ônus da prova.

No mais, a despeito das diversas denominações que o bem da vida em questão possa assumir, tem-se que os atores coletivos no direito do trabalho (sindicatos),

³⁶ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 7. reimpressão. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 174-175.

³⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Op. cit.*, p. 92.

³⁸ *Op. cit.*, p. 92.

³⁹ 338 - Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova. (Res. 36/1994, DJ 18.11.1994. Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais n. 234 e 306 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005) I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula n. 338 - Res 121/2003, DJ 19.11.2003). II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ n. 234 - Inserida em 20.06.2001). III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex- OJ n. 306 - DJ 11.08.2003).

198 bem como o próprio legislador, estão obrigados à sua observância por meio da constituição de mecanismos que visem àquela proteção, pois o direito ao lazer ou ao não-trabalho ou à desconexão do trabalho goza de proteção constitucional (art. 6o).

4 Conclusão

O direito do trabalho, à luz dos direitos humanos, constitui importante instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1o, III, IV, da CF).

Desta forma, pretende-se a promoção do estado do bem-estar social, revelando-se o direito do trabalho como o fruto de uma conquista perpétua e contínua da humanidade, materializado por meio de longas lutas sociais, para a construção de uma sociedade que tenha “a sua centralidade no valor da absoluta prevalência da dignidade humana”⁴⁰, impondo-se o registro dos nossos desejos de que “a chama da liberdade, da igualdade e da solidariedade haverá de iluminar e inflamar a Terra inteira”⁴¹.

Contudo, há a necessidade de contemporizar o direito ao trabalho com o direito ao lazer, ambos assegurados no art. 6o da Constituição da República, sem olvidar o direito à intimidade do empregado em contraposição aos interesses da produção e poder diretivo do empregador, discussão que mais se acentua nesta era tecnológica.

Justifica-se, pois, a urgente aprovação de leis que venham disciplinar a proteção do trabalhador “em face da automação” (art. 7o, XXVII, da CF), e os limites do poder diretivo em virtude das novas tecnologias alçadas a instrumentos de trabalho, que são de propriedade do empregador.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. (Coord.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo: LTr, 2005, p. 358.

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 551.

Referências

ANTUNES, Ricardo. A desconstrução do trabalho e a perda de direitos sociais. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. (Coord.). **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 2. ed. São Paulo: Cortez; Campinas-SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1995.

_____. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 7. reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2005.

ARANHA, Guilherme Arruda. Direitos humanos e dignidade. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. v. II.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASELLA, João Carlos. Proteção à intimidade do trabalhador. In: MALLETT, Estêvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coords.). **Direito e processo do trabalho, estudos em Homenagem a Octávio Bueno Magano**. São Paulo: LTr, 1996, p. 481-493.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 8. reimpr. da 2. ed. de 2001. São Paulo: Brasiliense, 2006. Coleção Primeiros Passos; 13.

COGGIOLA, Osvaldo. As classes “perigosas”. **Revista História Viva: Grandes Temas**. O leão britânico. Edição especial temática n. 16.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FONTES, Virgínia. O espectro que o capital recia. **Revista História Viva: Grandes Temas**. 90 anos Revolução Russa: a utopia é vermelha. O momento mágico em que os trabalhadores reescreveram a história com suas próprias mãos. Edição especial temática n. 18.

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos**. O breve século XXI. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras. São Paulo, 2007.

_____. **Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MAGANO, Octávio Bueno. Dos direitos da personalidade e o direito do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, Editora Revista dos Tribunais, ano 29, p. 154-157, jul./set. 2003.

- 200 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 1, n. 1, p. 91-115, jan./jun. 2006.
- _____. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr.
- MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o Direito à Intimidade no âmbito do Contrato de Trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). **O Direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo, LTr, 2005.
- _____. Direitos de personalidade e direito do trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. Ano 68, no 11, p. 1309-1318, nov./2004.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). **O Direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**. Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo, LTr, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- RUPRECHET, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. Malheiros, 2007.
- SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- TERRA, Ricardo. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004 (Passo-a-passo; 33).