

OS DIREITOS DA PROPRIEDADE E DA LIVRE INICIATIVA EM CONTRAPONTO COM A PRIVACIDADE NO AMBIENTE LABORAL: a utilização da monitoração eletrônica como legítima defesa nas relações de emprego

PROPERTY RIGHTS AND FREE ENTERPRISE IN CONTRAST WITH PRIVACY IN THE WORKPLACE ENVIRONMENT: the use of electronic monitoring as legitimate protection in work relationships

Natália Ferreira de Oliveira Miranda

Ângela Barbosa Franco

RESUMO

As inovações tecnológicas adentram-se não somente nas linhas de produção, mas também, em todos os setores da empresa e tornam-se fiéis aliadas para quem se utiliza da força de trabalho empregaticamente contratada. O registro eletrônico de ponto, monitoramentos audiovisuais, assim como o controle de ligações telefônicas, de correio eletrônico, dentre outros, são mecanismos que auxiliam na coleta de provas para fundamentar demissões por justa causa, mas podem representar, ao mesmo tempo, instrumentos invasivos à intimidade de trabalhadoras e trabalhadores. A colisão de direitos fundamentais entre o poder de direção da parte empregadora, decorrente da propriedade e da livre iniciativa, e a privacidade da parte obreira, representa o ponto de partida desta pesquisa, cuja discussão força, necessariamente, a exegese de uma delicada ponderação de interesses. Atualmente, esse conflito de ordem constitucional promove polêmica discussão entre juristas e determina decisões judiciais colidentes, o que motiva a investigação do seguinte problema: em que medida a inserção dos meios tecnológicos de fiscalização no ambiente laborativo pode servir como prova para fundamentar a legítima defesa de quem tem seus direitos fundamentais ameaçados ou lesionados? Para responder ao questionamento, este estudo pauta-se na vertente jurídico-dogmática e, a partir da análise dos princípios protecionistas inerentes ao ordenamento jurídico trabalhista, objetiva investigar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como norteador eficaz para harmonizar e relativizar direitos fundamentais, tanto em benefício da classe obreira quanto da classe patronal, quando a única prova hábil para instruir uma demanda trabalhista e atingir a verdade é obtida em desrespeito à intimidade ou à vida privada da pessoa que pratica o ato ilícito.

ABSTRACT

Technological advances penetrate not only production lines, but also all sectors of business enterprises and become faithful allies to those who use a hired workforce. Punching a clock, audiovisual monitoring, as well as telephone calls and emails (electronic correspondence) are mechanisms to help collect proof to justify job dismissals with a just cause, but at the same time, they may represent invasive tools to the privacy of female and male workers. The conflict of fundamental rights between the directive power of the employer, resulting from ownership and freedom to act, and the privacy of the workforce, represents the starting point of this research which necessarily demands a careful consideration of the interested parties. Currently, this conflict of constitutional order promotes a polemic discussion among attorneys and determines colliding judicial decision, what motivates the investigation of the following problem: To what extent the insertion of technological means for monitoring the workplace could serve as proof to support the defense of those who have their rights threatened or violated? To answer these questions, this study, based on dogmatic labor regulations, and on the analysis of the protectionist principles inherent to the labor law, aims to investigate the applicability of the principle of proportionality as an efficient tool to balance fundamental rights, to the benefit of both the work class and the employers, when the only evidence to instruct a labor claim and to reach the truth is obtained through disrespect to the personal and private life of those who commit an illicit act.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade; livre iniciativa; intimidade; monitoração eletrônica; prova; legítima defesa.

KEY WORDS: property; free enterprise; privacy; electronic monitoring; proof; legitimate defense.

1. INTRODUÇÃO

Em toda relação de emprego, a pessoa física, jurídica ou ente despersonificado, que

detém o poder econômico e os meios de produção, dirige a prestação pessoal de serviços da classe obreira e, por isso, deve determinar, dentro dos moldes legais, as regras para o desempenho do trabalho. Tal poder diretivo representa uma prerrogativa razoável inerente a quem emprega, tendo em vista que a ordem jurídica lhe impõe a exclusiva responsabilidade de assumir os riscos do empreendimento.

O comando, a coordenação e a fiscalização dos fatores de produção da empresa são frutos dos direitos de propriedade, bem como da livre iniciativa da classe empregadora, e o monitoramento eletrônico apresenta-se como um eficaz mecanismo para o efetivo controle da mão de obra contratada.

Hodiernamente, a diversidade de recursos tecnológicos adotados pelas atividades empresariais importa em um instrumental indispensável para a manutenção, de forma segura, competitiva e globalizada, de um empreendimento no mercado. A tecnologia adentra-se não somente nas linhas de produção, mas, também, em todos os setores da empresa e torna-se uma fiel aliada da parte contratante para a vigilância de trabalhadoras e trabalhadores. Registro eletrônico de ponto, monitoramentos audiovisuais, controle de ligações telefônicas e de correio eletrônico, dentre outros, facilitam a atuação da direção, mas, ao mesmo tempo, podem se tornar instrumentos invasivos à intimidade da parte hipossuficiente.

A Carta Magna de 1988 tem como princípio básico a dignidade da pessoa humana e lhe assegura os direitos da personalidade, assim como a legislação civilista resguarda o nome, a vida, a imagem, a privacidade e a intimidade, inclusive de quem participa da relação de emprego. Apesar de o contrato de trabalho ter natureza privada, a imperatividade da norma constitucional concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos não pode ser objeto de renúncia pelas partes contratantes, vez que esses direitos e deveres são classificados pelo ordenamento jurídico brasileiro como absolutos, indisponíveis, intransmissíveis e imprescritíveis. Mesmo assim, a pessoa trabalhadora fica exposta a uma fiscalização rigorosa capaz de revelar hábitos pessoais e aspectos da vida privada que, talvez, não tenha a intenção de expor.

Dessa forma, diante de dois polos subjetivos, um representativo do direito à livre iniciativa e à propriedade da pessoa que emprega e outro representativo do direito à

privacidade e à inviolabilidade da intimidade de quem presta serviços, surgem conflitos, haja vista ocorrer colisão de preceitos constitucionais fundamentais resguardados tanto para a categoria obreira quanto para a tomadora de serviços. Sob essa perspectiva, tem-se o seguinte problema: em que medida a inserção dos meios tecnológicos de fiscalização pode servir como prova para fundamentar a legítima defesa de quem tem seus direitos fundamentais ameaçados ou lesionados no ambiente laboral?

A relevância deste questionamento justifica-se na polêmica vivenciada pelos tribunais trabalhistas em fundamentar ou não suas decisões em provas rotuladas como ilícitas, por serem colhidas sem a autorização ou ciência da parte que tem maculado seu direito personalíssimo à intimidade. Verifica-se que não há como se estabelecer uma regra objetiva para solucionar tal impasse, mas também não se pode rechaçar o uso da prova ilícita apenas para preservar as regras morais e exigir uma postura correta dos litigantes.

A hipótese, ora aventada, consiste na apreciação pelas autoridades judiciárias da prova coletada pelos instrumentos de monitoração eletrônica, ainda que clandestinos, a fim de se honrar a verdade e a justiça, tanto para beneficiar a casta obreira como a patronal. Para isso, a presente pesquisa tem como objetivo investigar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, diante dos diversos mecanismos tecnológicos de fiscalização, e a colisão entre garantias fundamentais que não podem ser, taxativamente, solucionadas em lei, mas sim analisadas de acordo com a concreta dinâmica laboral.

O marco teórico baseia-se na ponderação de interesses e no princípio da proporcionalidade para que, à luz das circunstâncias reais, o(a) exegeta estabeleça compreensões entre os direitos colidentes e identifique um ponto de equilíbrio no qual a restrição de um e a prevalência do outro continue a permitir a convivência de ambos com paridade em um universo laboral em que a interceptação das correspondências eletrônicas, a escuta das conversas telefônicas e as câmeras de vigilância tornam-se imprescindíveis nas relações de trabalho.

Com enfoque interdisciplinar, este estudo objetiva avaliar dados secundários, a partir de uma vertente jurídico-dogmática, focada em três elementos internos do universo jurídico: legislação, doutrina e jurisprudência. Para tanto, em um processo mental dedutivo, explora e

avalia os princípios protecionistas inerentes ao ordenamento justarabalista e recorre ao princípio da proporcionalidade como comando jurídico eficaz para harmonizar e relativizar direitos fundamentais, tanto em benefício da classe obreira quanto da classe patronal, quando a única prova hábil para instruir uma demanda trabalhista e atingir a verdade é obtida em desrespeito à intimidade ou à vida privada de quem pratica o ato ilícito.

2. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO PRERROGATIVA DO PODER DE DIREÇÃO E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO À VIDA ÍNTIMA E PRIVADA DA CLASSE OBRERA

O ser humano, cerne das relações sociais e jurídicas, tem seus direitos à intimidade e à vida privada, assegurados pela Constituição Federal de 1988¹, que se destinam a qualquer cidadão, inclusive a trabalhadores e trabalhadoras, ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho não lhes faça referência de forma expressa.

Essas prerrogativas pautam-se no direito de personalidade responsável por tutelar os valores sem os quais não se pode ter, com plena efetividade, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil² de maior importância para a evolução das relações jurídicas e, conseqüentemente, das relações de trabalho.

Empregados e empregadas devem ser respeitados no desempenho de suas funções laborativas, ainda que a pessoa do empregador, detentora dos meios de produção, tenha a prerrogativa para determinar as regras de um contrato de trabalho com natureza jurídica privada. O poder diretivo de quem emprega pressupõe a necessária subordinação jurídica de quem presta os serviços, desde que a dignidade lhe seja preservada, sem exposição às situações constrangedoras ou violadoras da sua intimidade e privacidade.

Atualmente, a monitoração eletrônica auxilia a administração, o controle e a

¹ O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2013b, p. 15) dispõe: “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 de sua violação”.

² Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2013b, p. 13).

fiscalização da dinâmica laboral. Contudo, os reflexos de sua incorporação são objeto de constante polêmica nas demandas levadas à apreciação da justiça trabalhista especializada. Muitos dissídios aventam a transgressão dos direitos personalíssimos da intimidade e da vida privada da classe obreira que, como parte hipossuficiente, aceita diversas condutas impostas pelos dirigentes para preservar a relação de emprego.

Conforme preconiza Nascimento (2009, p. 87), o direito à intimidade está adstrito ao fato de alguém “estar só e de evitar que pessoas estranhas se intrometam em sua vida ou que tenha acesso ou tenham conhecimento sobre fatos e coisas que pertençam ao seu foro íntimo e privado”. A privacidade diz respeito não apenas à inviolabilidade do ambiente familiar, mas também do laboral, assim como, da opção sexual, das correspondências, das ligações e outras particularidades. Constitui, assim, “o conjunto de atributos que cada pessoa elege para fazer parte de sua vida privada e mantê-la a salvo de intromissões indesejadas de estranhos” (NASCIMENTO, 2009, p. 89). Concebe-se, dessa forma, qualquer individualidade, que não se pretenda compartilhar, capaz de restringir, inclusive em um contrato de trabalho, a prerrogativa de quem utiliza da força de trabalho empregaticamente contratada.

Por outro lado, importante destacar que a tomadora ou o tomador de serviços tem o direito de propriedade, resguardado no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2013b, p. 15), que lhe permite o uso da monitoração eletrônica como um mecanismo para facilitar a fiscalização e a coordenação dos bens e dos serviços da empresa. Essa capacidade diretiva está explícita no artigo 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, quando conceitua a classe patronal como aquela que, “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços” (BRASIL, 2012b, p. 217). A narrativa do texto celetista evidencia o privilégio de quem detém os meios de produção para decidir como o empreendimento, sua estrutura e o espaço empresarial precisam ser organizados, “inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços” (DELGADO, 2012, p. 660).

Hainzenreder Júnior (2009) assevera que o poder está adstrito a quem dá a ordem conforme sua vontade e, para tanto, é necessário que o indivíduo comandado a aceite. No direito do trabalho, quem tem a propriedade da empresa assume os riscos da atividade e, por

isso, define as regras. O poder diretivo consiste na possibilidade legal e sem abusos da categoria patronal determinar a obediência e a lealdade de seus profissionais. O estado de dependência de trabalhadores e trabalhadoras são consequências do princípio da alteridade. Este determina que a classe empregadora assuma “os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado” (DELGADO, 2012, p. 403), ainda que não explore uma atividade econômica. Segundo Mantovani Junior (2010), é deste comando jurídico instigador que se origina a possibilidade da classe patronal impor sanções disciplinares, organizar, controlar e fiscalizar a classe obreira.

Nesse contexto, tem-se a subordinação jurídica ou objetiva como a sujeição ou o estado de dependência de uma pessoa em relação à outra, de acordo com a posição de hierarquia de cada uma, mas sem a sujeição subjetiva ou contingenciamento da liberdade pessoal. Para Delgado (2012, p. 87), o “elemento nuclear da relação empregatícia” é a subordinação de quem labora para com seu contratante. Essa subordinação é que dá razão ao poder diretivo e permite a existência de uma relação de emprego. Sendo assim, a norma trabalhista possibilita que a casta patronal determine e organize o serviço, de maneira que a casta laboriosa submeta-se as suas ordens na hora de executá-las, dentro de um ambiente de trabalho que é, no presente, constantemente fiscalizado por diversos mecanismos de monitoramento eletrônico.

Conforme já mencionado, o poder diretivo é reconhecido pelo ordenamento jurídico e a monitoração eletrônica, para o controle das atividades laborativas, é indispensável à atuação empresarial. Vale mencionar que a tecnologia, a qual possui cada vez mais aparelhos avançados, “tem contribuído para um estreitamento crescente do circuito privado, na medida em que possibilita, até a longa distância, a penetração na intimidade da pessoa” (PAESANI, 2006, p. 53). Dessa maneira, existem diversos métodos para a fiscalização e a segurança de um empreendimento. Todavia, a legislação brasileira não acompanha a evolução no que diz respeito aos novos meios tecnológicos. São ofertados, nos mercados modernos, mecanismos de controle como instrumentos audiovisuais, monitoramento de correio eletrônico, de internet e de telefone, os quais, se utilizados indistintamente, podem afetar os direitos constitucionais garantidos ao trabalhador, como o direito à personalidade, à intimidade e à vida privada.

Cumprir destacar que, entre o poder diretivo, inerente ao direito de propriedade, e o

direito personalíssimo à intimidade não há sobreposição de um sobre o outro, mas a necessária coexistência paritária de ambos. Os direitos e as garantias fundamentais consagrados pela Carta Máxima são classificados como absolutos, indisponíveis, intransmissíveis e imprescritíveis (BORDA, 1991), mas quando há conflito entre eles, devem ser combinados ou coordenados de forma que um apenas limite a ação do outro sem sacrifício. Em uma sociedade democrática, os direitos e as garantias constitucionais essenciais não possuem hierarquia entre si e isso se reflete nas relações de trabalho. Quando os interesses das partes contratantes se chocam, faz-se necessário que os mesmos sejam analisados com ponderação e de forma limitada para se preservar os direitos da pessoa humana. A complexidade dessa discussão consiste em encontrar um equilíbrio entre a liberdade de quem dignamente explora as atividades empresariais e a dignidade de quem as desempenha. O que não se deve tolerar são posicionamentos simplistas e estanques, de maneira que um dos valores tutelados pelo Direito sirva de escudo intransponível para a prática de atos ilícitos, em desrespeito à moral e à lealdade entre os contratantes.

3. FORMAS TRIVIAIS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO AMBIENTE LABORAL

Com o avanço da tecnologia, os direitos à intimidade e à vida privada de homens e mulheres estão mais vulneráveis, principalmente na vida laboral. O contrato de trabalho restringe, de certa maneira, a privacidade de empregadas ou empregados, pois, ao serem admitidos, renunciam a uma parcela de liberdade, em função do ambiente de trabalho, e se sujeitam à monitoração inerente ao poder diretivo.

Os mecanismos eletrônicos de controle, nas empresas, geram diversas celeumas no universo jurídico laborativo por não existirem posicionamentos pacificados ou sumulados quanto à utilização. Atualmente, eles são imperiosos para o desenvolvimento da atividade econômica e competitiva da classe patronal, sendo diversas as formas de fiscalização. Nascimento (2009) exemplifica o controle de ponto, o monitoramento de circuito interno nas áreas de trabalho, a escuta de ligações telefônicas e o acesso a *e-mails*. Além desses, Grasseli (2011) menciona os controles por códigos de barras inseridos em crachás de identificação; controles remotos de temperatura; controles de higiene; controles mediante utilização de

equipamentos de produção remotos como “bip”, dentre outros.

No que diz respeito à monitoração por meio de câmeras audiovisuais, Cassar (2010) afirma que os aparelhos afixados em locais que possam ser visíveis pela classe trabalhadora e sejam voltados para os grupos ou instrumentos de trabalho, ainda que não possuam aviso de filmagem, “não ferem a intimidade nem constrangem o empregado, pois fazem parte do poder diretivo do patrão e da necessidade de controle da produção e da segurança da empresa” (CASSAR, 2010, p. 199). Além disso, a autora preleciona que, de forma excepcional, pode o empregador ou empregadora filmar, escondido e sem aviso prévio, o local de trabalho para “comprovar certas ações e comportamentos ímprobos ou desidiosos de determinados empregados” (CASSAR, 2010, p. 199), desde que tais imagens não sejam divulgadas de maneira imprópria.

Nascimento (2009) destaca que a fiscalização por meio de câmeras não é proibida pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional. Na prática, é admitida para vigiar as atividades e proteger o patrimônio do empreendimento. Insta salientar, porém, que apesar da possibilidade da monitoração audiovisual, a classe patronal não pode utilizar câmeras escondidas, sem a ciência de seus subordinados ou em quaisquer locais, como em banheiros, vestiários ou em áreas destinadas ao descanso e lazer (BRASIL, 2009a). Agir dessa maneira implica em violação da intimidade e da privacidade da categoria profissional e enseja a compensação por dano moral. Nesse sentido, encontra-se precedente no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Em julgado do colendo órgão mineiro, considerou-se a vigilância eletrônica promissora, desde que empregada de forma humana, sem abusos. Aparelhos audiovisuais instalados no banheiro, por exemplo, caracteriza uma ingerência desmedida, comportamento que deve ser repudiado pelo ordenamento jurídico (BRASIL, 2004).

Hodiernamente, o monitoramento eletrônico é natural para a vida social e sua utilização não é rechaçada, mas precisa ser ajustada em consonância com o princípio da proporcionalidade e bom senso (GOÑI SEIN, 2007). Dessa forma, a instalação de câmeras no local de execução das atividades laborativas é, em princípio, medida justificada, equilibrada e imprescindível. Quando a fiscalização do local da prestação de serviços aparentemente violar a vida íntima de empregadas e empregados, deve-se analisar o caso concreto e realizar “um balizamento dos direitos em conflito, procurando o justo equilíbrio entre os interesses em

questão, de forma que o próprio ordenamento jurídico não venha a sofrer com a preponderância injusta de um direito sobre o outro” (RIBEIRO, 2008, p. 71).

Outros mecanismos de fiscalização que geram colisão entre os interesses adstritos ao poder diretivo da empresa e à classe obreira são a *internet* e o correio eletrônico. No momento, tais recursos, apesar de indispensáveis, também desvelam aspectos contraproducentes enfrentados pela categoria econômica. Sabe-se que, muitos trabalhadores e trabalhadoras fazem o mau uso desses instrumentos, desvirtuam sua finalidade e gastam horas destinadas à produção para acessar *e-mails*, sites pessoais, redes de relacionamento, dentre outros, dispersando a atenção do trabalho para assuntos desvinculados das obrigações contratuais, implicando em queda no desempenho.

Com relação à *internet*, quem dirige o empreendimento pode proibir ou restringir o acesso à mesma para que determinadas páginas não fiquem à disposição durante a jornada de trabalho. A “intranet”, adotada por algumas empresas, permite que a casta empregada consiga acessar somente as páginas que estão diretamente relacionadas ao objeto de trabalho.

Quanto à monitoração de correspondências eletrônicas, Grasseli (2011) afirma que há controvérsias pautadas na possibilidade de utilizá-las ou não para as dispensas por justa causa. Se equiparadas à correspondência tradicional, gozam do direito ao sigilo, ou seja, são invioláveis³. Por outro lado, quando se trata de instrumento de trabalho, o qual faz parte do direito de propriedade e de direção, como o uso de *e-mail* corporativo, presume-se não haver violação à privacidade de empregados ou empregadas.

O *e-mail* é corporativo quando a correspondência eletrônica está vinculada ao trabalho e, por isso, é de propriedade da empresa. Quem emprega tem a prerrogativa para explorá-lo como mecanismo de controle para se evitar o uso indevido. Porém, visto que o contrato de trabalho encontra respaldo nos princípios da boa-fé e transparência, é necessário que a empresa comunique aos trabalhadores sobre o controle do uso do *e-mail* corporativo. Essa conduta é de extrema importância para que o monitoramento da classe empregadora seja

³ Art. 5, XII da Constituição Federal de 1988: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 2013b, p. 15).

legítimo, afinal, conforme bem assevera Cassar (2010, p. 194), “a entrega de um endereço virtual em que o próprio usuário cria e só acessa a caixa postal com sua senha personalizada pode acarretar a presunção de privacidade”. Quando a pessoa trabalhadora está ciente da direta interferência da empresa empregadora, nas mensagens corporativas, torna-se previsível, razoável e ético o acesso desta.

Imperioso ao mesmo tempo mencionar que a classe patronal, além de possuir o direito de propriedade do *e-mail* corporativo, tem a responsabilidade civil pelos atos da classe que lhe é subordinada objetivamente perante terceiros. Com base no artigo 932, III do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2013b, p. 286/287) tem-se: “são também responsáveis pela reparação civil: III- o empregador ou o comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Logo, se o obreiro ou a obreira é informado que o *e-mail* deve ser destinado somente para uso exclusivo de assuntos relacionados ao emprego e de responsabilidade de quem emprega, não há que se falar em desrespeito a sua vida íntima, caso o tomador ou a tomadora de serviços, ou até mesmo seus prepostos, tenha acesso às mensagens ali registradas.

A trabalhadora e o trabalhador que abusam do *e-mail* corporativo para fins ilícitos tais como atos de pedofilia ou imorais, mensagens pornográficas ou íntimas (BRASIL, 2005), que caracterizem a incontinência de conduta, bem como o mau procedimento⁴, ou comunicações totalmente desvinculadas das tarefas que foram estipuladas pela classe contratante, podem ser surpreendidos com uma demissão com justa causa motivada pelo uso indevido das ferramentas de trabalho (BRASIL, 2012a). Se, por exemplo, há provas da utilização do correio eletrônico corporativo para travar diálogos íntimos com colegas de trabalho ou terceiros, está caracterizada a demissão com justa causa por mau procedimento, tendo em vista que o serviço de *e-mail* corporativo é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional.

Há que se falar ainda do controle telefônico, cuja interceptação constitui crime, salvo quando autorizada por ordem judicial⁵. Em princípio, a gravação somente pode ser feita quando houver conhecimento prévio sobre ela. É bastante comum quando o serviço oferecido

⁴ O artigo 482 da CLT, alínea b, trata dessa situação como hipótese passível de extinção do contrato com justa causa (BRASIL, 2012b).

⁵ Art. 5, XII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2013b, p. 15).

pela empresa está relacionado à telefonia. Neste caso, a gravação resguarda o direito de quem fornece os serviços contra as reclamações dos consumidores e, assim, a parte empregadora fica à vontade para analisar as gravações, desde que cientes as partes envolvidas na ligação. A notificação prévia é indispensável e necessita ser realizada no momento da celebração da relação de trabalho, a fim de se evitar qualquer mal entendido e preservar a boa-fé entre as partes. O uso abusivo, ou para fins pessoais, do telefone empresarial ofertado com intuito de viabilizar a prestação dos serviços, configura falta grave e enseja demissão por justa causa.

Como bem ensina Plá Rodriguez (2010), a pessoa contratada, devido a sua hipossuficiência, é resguardada pelo princípio da proteção, cuja função é orientar a criação e a interpretação de normas jurídicas trabalhistas de modo favorável a quem presta serviços, a fim de compensar a desigualdade econômica existente entre as partes envolvidas na relação de emprego. Assim, com fulcro no princípio tuitivo, quem contrata e dirige a prestação pessoal de serviços deve se pautar de alguns cuidados para esclarecer, no momento da celebração do contrato de trabalho, os procedimentos adotados para fiscalização do ambiente laboral. A existência de câmeras audiovisuais no local da prestação de serviços, o controle do acesso à internet e ao *e-mail* corporativo, bem como as gravações das conversas telefônicas necessitam ser advertidas. Ribeiro (2008) sugere, como prerrogativa inerente do poder diretivo, o repasse de circulares ou regulamentos da empresa sobre a utilização dos instrumentos de trabalho e possíveis monitoramentos eletrônicos. Segundo a referida autora, é forçoso que não haja abuso ou excesso na fiscalização, pois a “gravação e a devassa no correio eletrônico do trabalhador só devem ser toleradas como reação extrema” (RIBEIRO, 2008, p. 83).

Dessa forma, é mister que a pessoa do tomador de serviços tenha cautela para usufruir do seu direito de propriedade sem transgredir o direito de privacidade de seus empregados ou empregadas. Afinal, o poder diretivo tem limites e vai se pautar nas normas claramente estabelecidas no contrato, dentre elas, a efetiva exploração de diversos mecanismos de monitoramentos eletrônicos para controle do ambiente laborativo.

4. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA PARA LEGÍTIMA DEFESA DA PARTE LESIONADA OU AMEAÇADA E O PRINCÍPIO

DA PROPORCIONALIDADE

A prova pode ser conceituada em diversas acepções, mas nos domínios do direito processual, é “o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência” (LEITE, 2010, p. 544).

O direito à prova, de suma importância para o processo, encontra-se constricto ao artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna, que assegura a qualquer pessoa a apreciação, por parte do Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito, ou seja, o ordenamento acolhe quem pretende ir a juízo para buscar e defender seus direitos (BRASIL, 2013b). É, portanto, uma consequência do devido processo legal e da ampla defesa, os quais são basilares de um Estado Democrático de Direito.

Destaca-se, ainda, que o direito à prova não é absoluto, assim como os direitos da personalidade e o direito de propriedade, e deve ser analisado de acordo com o caso concreto motivador de um conflito entre as normas. No Direito do Trabalho, a parte empregadora tem direito à propriedade da empresa e dos bens que ela possui. Aliás, conforme já ressaltado, é a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, que assegura este direito (BRASIL, 2013b). Além disso, o artigo 1.228 do Código Civil de 2002 determina que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2013b, p. 321). Dessa forma, todos os objetos postos à disposição da classe obreira são de propriedade de quem emprega, os quais devem ser bem utilizados e preservados. Em caso de má utilização, principalmente no que diz respeito às tecnologias avançadas, como a *internet*, pode a classe patronal aplicar as sanções disciplinares cabíveis.

Insta novamente salientar que o direito constitucional de propriedade, apesar de amparado por normas também civilistas, não se sobrepõe à garantia do trabalho digno e à dignidade da pessoa humana. A ponderação dessas garantias fundamentais, quando efetivamente se colidem, devem se pautar nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade de acordo com o caso concreto. Inicialmente, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, são

garantidores da subsistência, da liberdade, do respeito e da dignidade de trabalhadores de todo gênero, mas também dos empreendimentos, enquanto motivadores da circulação de riquezas e do desenvolvimento econômico do país (BARILE, 1984).

A prova colhida na fase de instrução tem como destinatário o Poder Judiciário e objetiva seu convencimento. Vale frisar que a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2012b), ao determinar os meios de prova entre os artigos 818 a 830, não o faz de forma satisfatória e permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil⁶. Quando se analisa o artigo 332 do Código de Processo Civil, que suplementa o artigo acima citado e determina que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (BRASIL, 2013b, p. 560), traduz-se que a utilização das provas deve respeitar a legalidade e a moralidade.

Também pautado nesses valores, o artigo 5º, LVI da Constituição Federal de 1988 preconiza que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2013b, p. 18). Neste sentido, o ordenamento jurídico não permite a apreciação da prova ilícita para não incentivar a deslealdade, a má-fé e os meios torpes de produção, mas se o agente não agir dessa maneira, a prova precisa ser acolhida em respeito ao princípio da unidade processual (RIBEIRO, 2008). Segundo Canotilho (1992, p. 232), “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar”. A partir dessa perspectiva, em análise às prerrogativas do poder diretivo da classe tomadora de serviços e da vida íntima e privada de trabalhadoras e trabalhadores, se o único meio possível para se alcançar a realidade dos fatos são provas violadoras da intimidade de quem comete o ato ilícito, estas devem ser contempladas, vez que coletadas em legítima defesa de direitos fundamentais de quem se encontra ameaçado ou lesionado.

Ilustrativamente à tese ora em apreço, tem-se a decisão da segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Espírito Santo (BRASIL, 2013a). Esta autoriza como prova da demissão com justa causa o uso de filmagem produzida sem que a classe trabalhadora

⁶ Nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título (BRASIL, 2012b, p. 334).

tenha conhecimento. Os vídeos anexados no processo mostram dois funcionários de uma empresa de segurança e transporte de valores, detentores de garantia de emprego por serem dirigentes sindicais, fazendo uso indevido de celular fornecido pela empresa e destinado exclusivamente ao serviço. Há, também, cenas que comprovam passeios na sorveteria com veículo da empresa durante a jornada de trabalho, bem como gravações de conversas sobre a possibilidade de utilização da estabilidade provisória para alcançar vantagens pessoais, além de outros comentários indevidos relacionados à prestação de serviços e à Justiça do Trabalho. As câmeras inclusive registram os empregados fazendo uma varredura no veículo para encontrar o aparelho de filmagem, com auxílio de terceiro não vinculado à empresa. A companhia fez uso do inquérito para apuração de falta grave dos vigilantes e, em primeira instância, não teve êxito. A decisão de primeiro grau considera a coleta da prova dos fatos ilícita. Em contrapartida, a segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Espírito Santo, por unanimidade, acolhe a pretensão da empresa que fundamenta sua decisão na ausência de outro modo para se monitorar o veículo durante as atividades externas e na necessidade de controle do labor de um empreendimento que oferta segurança patrimonial (BRASIL, 2013a). Note-se, assim, que não se trata de acolhimento de prova ilícita em desfavor dos acusados e desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (BRASIL, 2013b), mas sim legítima defesa da empregadora, empresa de segurança e transporte de valores, lesionada em razão de atos irregulares e graves praticados por seus empregados.

Faz-se importante atentar para o fato que a prova não é necessariamente perfeita ou sem equívocos. Em muitas situações, apresenta apenas indícios, ou suspeitas, ou não oferece ao intérprete certeza absoluta sobre o fato ocorrido. Isso se dá porque “os fenômenos da vida podem ser facilmente distorcidos de acordo com o ponto de vista de quem observa, ou pela simples constatação de que a verdade é algo que nunca se apreende de forma plena” (RIBEIRO, 2004, p. 37). Dessa forma, as provas que comprometem a inviolabilidade, a intimidade e a imagem de trabalhadores podem ser apreciadas somente em circunstâncias excepcionais. Se há outros meios para desvelar a verdade dos fatos, os direitos de personalidade devem ser preservados.

A doutrina estabelece a distinção entre as provas ilícitas e as ilegítimas. Segundo Leite (2010, p. 548), a “prova ilícita é aquela que implica violação de norma do direito material, uma vez que é obtida por meio de ato ilícito. Já as provas que decorrem de violação

de norma processual são chamadas de ilegítimas.” Entende-se, portanto, que prova ilícita é aquela obtida, por exemplo, por tortura, por ameaça, ou chantagem e, dentre outros atos tipificados como ilícitos, pode se destacar a violação à vida íntima e privada do ser humano. A prova ilegítima é aquela impetrada sem observação das normas processuais. Em qualquer situação, ilícita ou ilegítima, é considerada inválida e não deve lastrear decisões judiciais (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1998). De acordo com essa perspectiva, a prova, inclusive a alcançada por derivação, encontra-se comprometida. Apesar de ser uma prova, de início, lícita, sua obtenção origina de uma prova ilícita anterior. A inaplicabilidade da prova ilícita por derivação é nominada pelos juristas norte-americanos como *fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore proibida). A ilicitude da prova originária provoca o mesmo vício nas que dela se derivarem (SARMENTO, 2003).

Ainda no que cerne à prova ilícita, sua proibição, prevista no artigo LVI da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 2013b), é aplicável a qualquer demanda por estar diretamente ligada aos direitos e garantias individuais de qualquer pessoa, inclusive daquelas que pertençam à classe profissional ou à classe econômica. Contudo, até que ponto o postulado da inadmissibilidade da prova ilícita deve prevalecer, em prejuízo da investigação efetiva da verdade? Seria razoável afastar da apreciação do Poder Judiciário as provas relevantes e reveladoras da verdade, pelo fato de serem obtidas com a violação das normas de direito material?

Tais indagações demonstram a existência de três vertentes de pensamento fundamentadas nas teorias permissiva, obstativa e intermediária. A admissão no processo de provas obtidas de maneira ilícita baseia-se na teoria permissiva. Esta defende que a verdade real deve prevalecer em relação à formalidade do processo. Nesse sentido, Ribeiro (2004, p. 70) cita o axioma “*male captum, bene retentum* (a prova pode ser mal colhida, porém bem recebida).” Sob essa perspectiva, a ilicitude da prova não pode retirar seu valor caso seja útil para formar o convencimento do juiz. Outro ponto defendido por tal corrente é que a inadmissibilidade de um ato processual não pode estar relacionada à ilicitude material de uma conduta, ou seja, o direito material não se confunde com o processual, o qual é autônomo. A ilicitude material decorrente da formação da prova não interfere na admissibilidade do ato processual que nela está pautada. Desse modo, “são dois atos que operam em planos distintos, pelo que a anti-juridicidade material não inibe a admissibilidade da prova” (RIBEIRO, 2008,

p. 101). Para a teoria permissiva, não se deve discutir, no processo, a maneira como a prova foi obtida e, em caso de sanção pela violação do direito material, deve ser instaurado novo procedimento para sua apuração.

A corrente que não admite a utilização da prova ilícita no processo, adepta à teoria obstativa, afirma que o ordenamento jurídico é uno e não se pode diferenciar o direito material do processual. A prova não deve ser aceita quando violar preceito constitucional e colidir, por exemplo, com os direitos da intimidade, da vida privada, do sigilo das comunicações, dentre outros. Nesse contexto, quando apresentada no processo, encontra-se viciada por sua inconstitucionalidade e precisa ser rechaçada pela pessoa que julga. Barroso (1995) discorre que a Constituição brasileira proíbe, expressamente, a discricionariedade do magistrado quanto à aplicação da prova ilícita. Para o doutrinador, tal vedação legal torna inviável a ponderação dos bens e valores em apreço, vez que a Carta Máxima lhe atribui valor mais elevado, ou seja, “a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita” (BARROSO, 1995, p. 333). Portanova (1997), também adepto à teoria obstativa, entende que o juiz não pode levar em conta a prova ilícita para seu convencimento, mas esta não deve ser retirada do processo, para que a parte prejudicada possa vigiar se o magistrado nela está a se pautar. Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1998), se a prova não é admitida pela Constituição, não deve ser chamada de prova, nem tem existência jurídica, logo, possui total ineficácia. Para quem defende a teoria obstativa, a prova ilícita é inadmissível no processo e, se utilizada, acarreta nulidade absoluta do mesmo, por ferir normas e princípios constitucionais.

Ante as teses que admitem ou não a prova ilícita, tem-se um ponto de equilíbrio: a teoria intermediária. Esta, no presente trabalho considerada a mais acertada, pauta-se no princípio da proporcionalidade como excludente de ilicitude. Isto porque, como já mencionado, não há direito no ordenamento que seja plenamente absoluto. Dessa forma, é necessário sacrificar um princípio em detrimento de outro que seja mais importante, a fim de se buscar a verdade real.

Conforme menciona Ribeiro (2004, p. 77), a verdade tem como finalidade a justiça nas situações concretas e “a proibição da prova obtida por meio ilícito passa a ser princípio relativo, que excepcionalmente pode ser violado quando estiver em jogo interesse de maior

relevância ou outro direito fundamental com ele contrastado”. Assim, não há arbitrariedade na decisão da autoridade julgadora motivada no princípio da proporcionalidade. Esta apenas cumpre a lei, visto que sua desconsideração pode acarretar decisões desproporcionais e injustas.

Segundo Ávila (2008, p. 178), no princípio da proporcionalidade “investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua intuição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos”. Por via de consequência, é feita a análise da restrição dos direitos fundamentais: se maior ou menor.

A Constituição Federal de 1988 não regula de maneira expressa o princípio da proporcionalidade, mas implicitamente o incorpora para a proteção dos direitos e garantias fundamentais ao afirmar que: “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2013b, p.18). Nas lições de Leite (2010), o princípio da proibição da prova ilícita pode ser mitigado em relação ao da proporcionalidade. A autoridade julgadora não deve negar validade a toda e qualquer prova ilícita, mas ponderar sua utilização de acordo com o caso concreto.

Sarmiento (2003) assevera que a proscrição da prova ilícita deve ser aplicada ao processo penal apenas em prol da parte supostamente culpada. Nessa circunstância, os bens jurídicos em jogo são, de um lado, a liberdade corporal do réu ou da ré, e do outro, a segurança da sociedade. O autor (2003, p. 182) entende que os valores constitucionais da esfera penal e processual penal são imperativos e “não parece compatível com a filosofia que se entrevê na obra do constituinte a flexibilização de normas cogentes, que cingem a atividade persecutória do Estado ao estrito respeito dos direitos fundamentais do acusado”. Contudo, fora desse contexto, ou seja, em outros ramos do processo que não seja penal, os valores em conflito são de ordem distinta e admitem a ponderação de interesses por intermédio do princípio da proporcionalidade.

Sob a mesma ótica, há jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre a admissibilidade da gravação ambiental como prova no processo. Em decisão de uma das turmas do colendo órgão, tem-se o entendimento que a Carta Magna veda a utilização, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, mas “não alberga direitos absolutos, podendo

tal vedação ser abrandada pelo princípio da proporcionalidade, máxime quando a prova apontada como ilícita aproveita à parte que a produziu” (BRASIL, 2011).

Ribeiro (2004) entende que aceitar tais provas é reconhecer a ampla defesa, a presunção de inocência, assim como a legítima defesa e até o estado de necessidade. Não é correto que uma pessoa inocente seja culpada ou uma culpada absolvida pelo simples fato de a prova ser obtida de maneira ilícita. Insta salientar que tal pensamento está em consonância com os comandos jurídicos da Constituição, bem como com os do processo do trabalho. Contudo, para o mencionado jurista, no que diz respeito às relações trabalhistas, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado somente *pro operario*, elo mais fraco da relação, devido a sua hipossuficiência.

Tal entendimento não parece ser o mais acertado. Da mesma forma que é razoável a utilização das provas ilícitas, pela parte trabalhadora, para assegurar seus direitos, a parte proprietária dos meios de produção também pode fazer jus ao mesmo benefício e não deve ser discriminada por sua superioridade econômica em relação à classe obreira. Se a prova ilícita é o único mecanismo possível para averiguar a verdade e dar uma decisão justa ao dissídio trabalhista, justificada torna-se a sua aplicabilidade como meio assecuratório da legítima defesa de qualquer uma das partes da relação de trabalho.

Quando há colisão entre garantias fundamentais, a interpretação do caso concreto precisa estar amparada no princípio da proporcionalidade. O empregado ou a empregada que abusa de seu direito de liberdade e de imagem, para realizar condutas reprováveis e prejudiciais para a categoria patronal, faz com que os mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder diretivo, mesmo sem autorização da categoria obreira, tornem-se provas lícitas, pautadas na legítima defesa de quem emprega. O Poder Judiciário não pode reprovar o uso de uma filmagem do local da prestação de serviço como justificativa para a extinção do contrato de trabalho por justa causa, caso esse material seja a única forma de comprovação da conduta irregular praticada por trabalhadoras ou trabalhadores. Nesta ocorrência, o mesmo precisa sopesar os direitos, ainda que desiguais, para formar o seu convencimento e aplicar uma norma justa.

O princípio da proporcionalidade, também, não pode ser banalizado. Sua aplicação

deve ocorrer em casos excepcionais, tanto em defesa da classe trabalhadora como da classe tomadora de serviços, quando não há outra maneira para solucionar a lide e averiguar a verdade real. Defender a prevalência do direito de imagem do(a) empregado(a) sobre o direito de propriedade do(a) empregador(a), com fulcro na hipossuficiência de quem presta serviços, sem analisar o caso concreto, é ignorar os ideais de justiça e preservação da moral e da ordem.

Para que a aplicação da técnica da ponderação de interesses, por intermédio do princípio da proporcionalidade, seja eficiente, é imprescindível que o juiz ou a juíza se atenha às variáveis fáticas presentes no problema enfrentado e atribua um peso a cada princípio em confronto. Sarmiento (2003) preleciona que, primeiramente, o(a) exegeta deve verificar se, no caso em apreço, os direitos fundamentais entre os litigantes efetivamente colidem e se é possível harmonizá-los a fim de afastar a tensão entre as normas constitucionais. Se o fato é tutelado por dois princípios constitucionais que apontam, indiscutivelmente, para soluções divergentes, o(a) intérprete deve cuidadosamente traçar uma estratégia para se atingir um equilíbrio, de forma que a restrição de um ainda respeite o caráter teleológico do outro. Para isso, Sarmiento (2003) aduz a necessária comparação do peso que o ordenamento jurídico confere àqueles direitos em conformidade com os interesses violados. Não há hierarquia entre as normas constitucionais, mas não se pode dar a mesma relevância para seus axiomas que, no caso em análise, desarmonizam-se. Dessa forma, a exegese deve atribuir uma valoração dos direitos de forma que a restrição de um deles seja a mais sutil possível. Por fim, ao se aplicar o princípio da proporcionalidade, é essencial que a limitação da eficácia de um direito fundamental compense para se preservar o cânone da ordem constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, os órgãos jurisdicionais devem ter parcimônia quando da qualificação das provas. No que cerne ao *e-mail* corporativo, por exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho traz precedente que afirma ser o mesmo destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço. Enfatiza o direito de propriedade da empresa para fundamentar a responsabilidade da casta empregadora, perante terceiros, pelos atos de seus trabalhadores e trabalhadoras em serviço, bem como o direito à imagem daquele que emprega igualmente merecedor de tutela constitucional (BRASIL, 2005). Assim, a conduta dos empregados e empregadas que usam de forma indevida o *e-mail* corporativo, enviando mensagens inadequadas e em desarmonia com a atividade do empreendimento, pode também gerar

prejuízos devido à repercussão e alcance dessas, que carregam no endereço eletrônico o nome da empresa. Para tais situações, a aplicabilidade da penalidade máxima, extinção do vínculo empregatício com justa causa, é pertinente. Nos Estados Unidos e no Reino Unido, há entendimento que se é dada ciência prévia aos contratados que o *e-mail* da empresa é para uso corporativo, este somente pode transitar mensagens profissionais (BRASIL, 2005). Portanto, inexistente a expectativa de privacidade e é notória a sua caracterização como instrumento de trabalho do domínio patronal.

O Tribunal Superior do Trabalho, também, tem julgados pautados em gravações de conversa feita pela pessoa empregadora, sem a ciência do infrator(a), considerando-as provas lícitas por comprovarem ato de improbidade e mau procedimento da pessoa contratada (BRASIL, 2007). Da mesma forma, empregados e empregadas podem fazer uso da gravação oculta como prova para evidenciar pressão psicológica desmedida do empregador, situação em que a ilicitude novamente precisa ser excluída (BRASIL, 2009b). Assim, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, seja empregador(a) ou empregado(a), a fim de repelir conduta ilícita do(a) outro(a), não se enquadra na vedação prevista no citado artigo 5º LVI, da Carta Magna, constituindo exercício regular de direito (BRASIL, 2008).

Em suma, apesar de os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, assim como a proteção à intimidade representarem prerrogativas capitais de um Estado de Direito, eles não podem resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. A ponderação dos direitos e garantias fundamentais é necessária para se identificar o que pode gerar mais prejuízo ao ser humano e, conseqüentemente, à sociedade. Dentro dessa perspectiva, as provas coletadas com o auxílio de mecanismos de monitoramento eletrônico devem ser apreciadas, ainda que sem o conhecimento ou autorização de uma das partes adstrita à relação de emprego, quando não houver outro elemento para a investigação da realidade fática. O direito de propriedade e da livre iniciativa da categoria econômica, detentora dos meios de produção, assume peso superior ao do direito de privacidade da classe trabalhadora, no momento em que a conduta desta estiver pautada em faltas graves inviabilizadoras da continuidade do contrato de trabalho. Tal fenômeno constitui um mecanismo de legítima defesa da parte empregadora que detém o ônus de comprovar a forma de rompimento do vínculo laboral, quando este ocorrer de forma diversa da demissão sem justa causa⁷. O mesmo

⁷ Súmula 212 do TST (BRASIL, 2012b, p. 1253): “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando

se aplica aos trabalhadores e trabalhadoras que, apesar de estarem subordinados juridicamente à casta patronal e firmarem o compromisso de lealdade no cumprimento das regras contratuais, podem, igualmente, fazer uso das tecnologias de monitoramento, sem autorização ou ciência da parte empregadora, pautados na legítima defesa de seus direitos personalíssimos.

Portanto, qualquer das partes que necessite se valer do princípio da proporcionalidade, no caso concreto para ter seu direito salvaguardado, pode invocá-lo. Por via de consequência, cabe à autoridade julgadora ponderar, com total parcimônia, os valores conflitantes e decidir pela exclusão ou não da ilicitude da prova, bem como sua aceitação nos autos do processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder diretivo da classe empregadora e o direito à privacidade da classe trabalhadora, apesar de frequentemente se colidirem no universo laboral, são garantias fundamentais de igual valor resguardadas pelo ordenamento jurídico.

No que tange à monitoração eletrônica, a doutrina e a jurisprudência entendem que a parte patronal, como decorrência do poder diretivo, pode utilizá-la, visto ser ela indispensável para o desenvolvimento do empreendimento. Importante salientar, entretanto, que há certos limites a serem respeitados, para que a vida privada e a intimidade da parte obreira não sejam devastadas.

Assim, a fiscalização com câmeras audiovisuais é possível, desde que exista a ciência da filmagem do ambiente laboral. Excepcionalmente, tolera-se que a pessoa tomadora de serviços faça uso desse recurso, sem consentimento ou conhecimento de seus subordinados, caso seja a única forma para se comprovar comportamentos ilícitos no espaço empresarial. Além disso, insta notar que o entendimento dominante e bastante razoável dos juristas é que tais câmeras não podem ser afixadas em vestuários ou sanitários. Esta conduta é considerada uma forma de invasão de privacidade e pode ensejar compensação por dano

negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação

moral à parte hipossuficiente.

Quanto ao monitoramento por meio da *internet*, a categoria detentora dos meios de produção e do capital, como prerrogativa da sua força diretiva, pode proibir o uso para fins alheios à dinâmica trabalhista, como restringir o acesso a determinados sites ou instalar a intranet. No que cerne à fiscalização dos *e-mails* corporativos, tem o direito de rastreá-los e inspecioná-los, desde que seja dado aviso prévio à categoria empregada. Tanto a *internet* como os correios eletrônicos corporativos fornecidos pela empresa são instrumentos de trabalho para viabilizar a prestação de serviços. Por não serem de uso pessoal, mesmo que possuam senha criada pelos trabalhadores, estão plenamente sujeitos a monitoramento e livre acesso da classe patronal que, após constatação da má utilização por seus subordinados, tem a possibilidade de realizar demissões com justa causa.

Em relação à monitoração telefônica, embora a interceptação constitua crime e seja inconstitucional, é permitida a gravação das conversas, desde que a parte laboriosa seja notificada. Isto ocorre, em especial, nas empresas relacionadas com telefonia, que necessitam dessa gravação para assegurar seus direitos como prestadoras de serviços contra as reclamações de consumidores e consumidoras.

Sob essa perspectiva, entende-se que a utilização da prova rotulada como ilícita no processo do trabalho em virtude da violação do direito de privacidade da parte empregada, como consequência dos diversos mecanismos de monitoramento eletrônico, representa um impasse a ser analisado pelo(a) exegeta à luz das circunstâncias concretas e do princípio da proporcionalidade. A prova ilícita deve ser aceita pela justiça trabalhista para se instruir os autos, fundamentada na legítima defesa da casta empregada como também da casta empregadora, desde que seja o único meio hábil e razoável para se alcançar a verdade. Para isso, diante do conflito de garantias fundamentais, é preciso que a autoridade julgadora se atente para três fatores: a certeza que se trata de direitos colidentes de inviável harmonização; a identificação de qual necessita ser mais valorado; e a observância que o benefício logrado por uma parte deve compensar o sacrifício da outra, com respeito à dignidade de ambas.

Nesse sentido, o Poder Judiciário tem suma importância. Suas decisões abrem

precedentes para a comunidade jurídica analisar toda a problemática atualmente vivenciada nas relações de trabalho, por intermédio do monitoramento eletrônico, como um mecanismo imprescindível à sadia dinâmica laboral e não como um mero instrumento para fiscalização e violação da vida íntima e privada.

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 190p.

BARILE, Paolo. **Diritti dell'uomo e libertà fondamentali**. Bolonha: Il Molino, 1984. 512p.

BARROSO, Luís Roberto. Interceptação telefônica para fins penais – inadmissibilidade da prova ilícita – cabimento de mandado de segurança e não de *habeas corpus* – CF, art. 5º, XII, LVI e LXIX, in **Revista de Direito Administrativo** n. 200, 1995.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil: parte general**. 10ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1991. v.1. 482p.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 17ª região**. JUSTA CAUSA. Há perda de fidúcia quando seu empregado faz devassa no veículo da empresa a fim de localizar câmeras de segurança, considerando se tratar de empresa de transporte de valores. Acórdão 4804/2013. Relator: Desembargador Lino Faria Petelinkar. DEJT 10/07/2013a. Disponível em: <<http://www.trtes.jus.br/sic/sicdoc/DocViewer.aspx?id=257&sq=209231864&pq=KHtpbnN0YWxhw6dwb30gfCB7ZGV9IHwge3ZpZGVvbW9uaXRvcnFtZW50b30p&fmt=2>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. Código 4 em 1 Saraiva: Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. 1661p.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região**. Dispensa por justa causa. Mau

procedimento. Uso indevido do correio eletrônico corporativo. RO 02198-2011-032-03-00-5
Relator: Luiz Ronan Neves Koury. DEJT 30/05/2012a. Disponível em:
<<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=919756&acesso=3bf68b2815c146c866b3a4ecf8f29af9>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. 1351p.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Recurso de revista. Nulidade. Gravação ambiental. Prova. Lícitude. RR 1700-39.2009.5.03.0114. Relator: Carlos Alberto Reis de Paula. DEJT 23/03/2011. Disponível em:
<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.8:acordao;rr:2011-03-23;1700-2009-114-3-0>> . Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região.** Poder de direção. Uso de aparelhos audiovisuais em sanitários. Invasão da intimidade do empregado. RO 01024-2008-024-03-00-5. Relator: Alice Monteiro de Barros. DEJT 23/06/2009a. Disponível em:<<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=671407&acesso=af4c3a7569ff59b864e6779e3ff72ccc>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Agravo de instrumento. Recurso de Revista. Descabimento. 2. Indenização por danos morais - Prova ilícita. AIRR-349/2007-002-23-41.0. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 24/04/2009b. Disponível em:
<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.3:acordao;airr:2009-03-25;34941-2007-2-23-41>>. Acessado em: 26 ago. 2013.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Agravo de instrumento em recurso de Revista. Conversa. Gravação feita por um dos interlocutores. Prova ilícita não caracterizada. AIRR-3082/2001-664-09-40.7. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 31/10/2008. Disponível em:
<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20308240->

42.2001.5.09.0664&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAAXkrAAI&dataPublicacao=31/10/2008&query=Agravo%20and%20de%20and%20instrumento%20and%20em%20and%20recurso%20and%20de%20and%20Revista%20and%20-%20and%20Conversa>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Gravação de fita cassete de conversa feito por um dos interlocutores sem ciência do outro. Prova lícita. RR 88517/2003-900-04-00.5. Relator: Carlos Alberto Reis de Paula. DEJT 13/04/2007. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.3:acordao;rr:2007-03-14;8851700-2003-900-4-0>>. Acessado em: 26 ago. 2013

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Prova ilícita. E-mail corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. RR 613/2000-013-10-00. Relator: João Oreste Dalazen. DEJT 10/06/2005. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.1:acordao;rr:2005-05-18;61300-2000-13-10-0>>. Acessado em: 26 ago. 2013.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região.** Poder de direção. Uso de aparelhos audiovisuais em sanitários. Invasão da intimidade do empregado. RO 00117-2004-044-03-00-3. Relator: Alice Monteiro de Barros. DEJT 25/08/2004. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=311264&acesso=fecf8e31edd0bb3b76234dce4cb4870a>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1214p.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas.** 1ª ed. Niterói: Impetus, 2010. 216p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012. 1488p.

GOÑI SEIN, José Luis. **La videovigilancia empresarial y la protección de datos**

personales. Navarra: Thomson/Civitas, 2007. 252 p.

GRASSELLI, Oraci Maria. **Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador.** 1ª ed. São Paulo: LTr, 2011. 91p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. 382p.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: uso do e-mail no trabalho.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. 178p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2010. 1310p.

MANTOVANI JUNIOR, Laert. **O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador.** 1ª ed. São Paulo: LTr, 2010. 134p.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador.** 1ª ed. São Paulo: LTr, 2009. 190p.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. 145p.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. 453p.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 312p.

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 trabalhador.** 1ª ed. São Paulo: LTr, 2008. 176p.

RIBEIRO, Luis J. J. **A prova ilícita no processo do trabalho**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2004. 119p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 220p.