

## PÁGINA 5 FATO EM ANÁLISE

Uso **INDEVIDO** DE EQUIPAMENTOS **ELETRÔNICOS** NEM SEMPRE É MOTIVO PARA **DISPENSA** POR **JUSTA CAUSA**

## PÁGINA 8 VISÃO

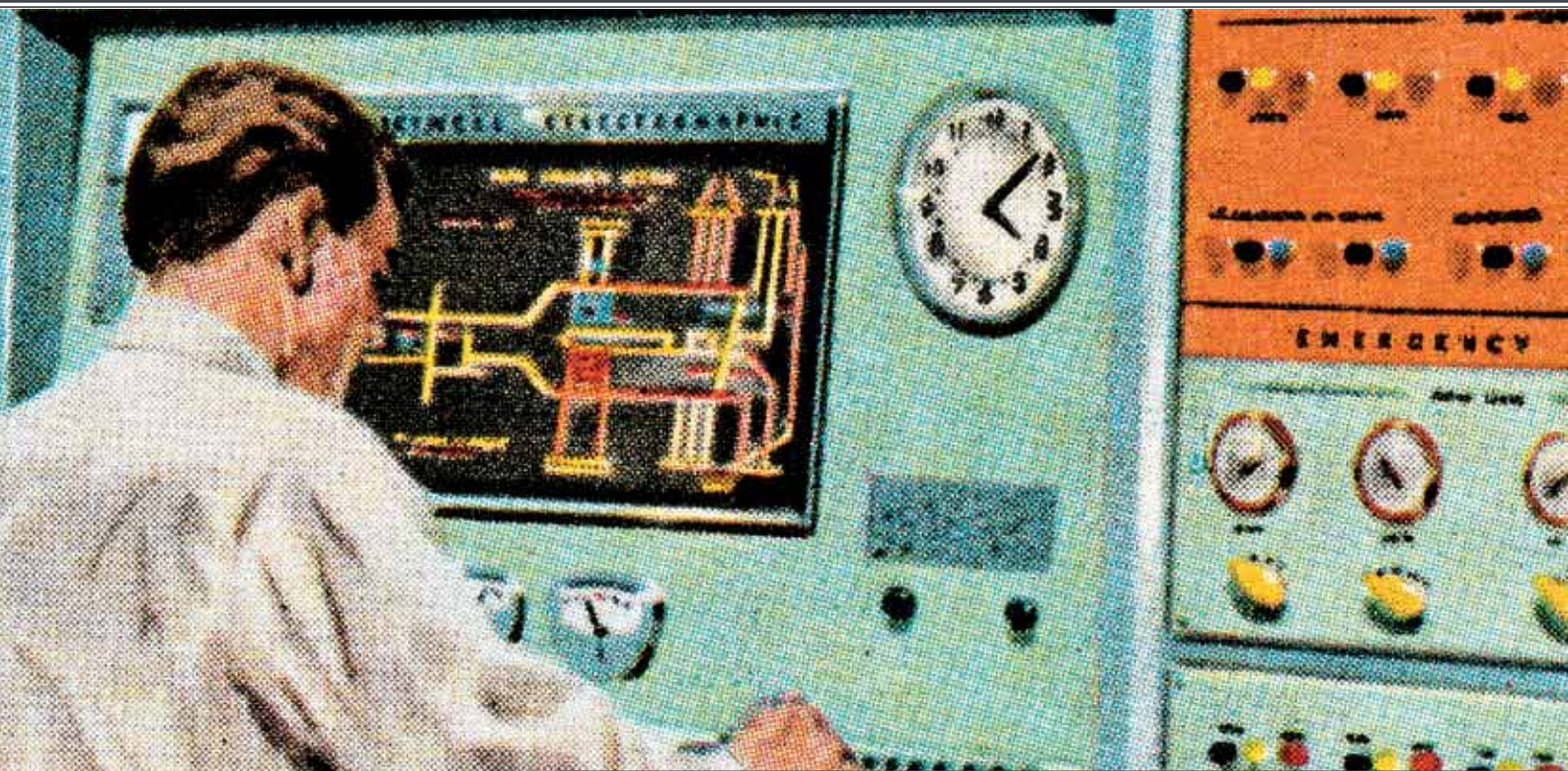
O “**ENTRA E SAI**” DOS **JOVENS** NO **MERCADO DE TRABALHO** GERA SITUAÇÃO **INSTÁVEL** PARA ELES E PREJUDICA A **ECONOMIA** DO País

EVOLUÇÃO DO DIREITO

## OS IMPACTOS DA TECNOLOGIA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO NO BRASIL

MONITORAMENTO, USO DE DISPOSITIVOS PESSOAIS E TELETRABALHO SÃO REALIDADES NO CENÁRIO JURÍDICO DO País





#### BREVE HISTÓRICO

## INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS TÊM INFLUENCIADO DE MANEIRA PROFUNDA A APLICAÇÃO DO DIREITO

É INDISCUTÍVEL QUE A TECNOLOGIA TEM IMPULSIONADO GRANDES MUDANÇAS EM DIVERSOS SEGMENTOS DA SOCIEDADE, SEJA NA EDUCAÇÃO, SEJA NAS COMUNICAÇÕES, SEJA NOS RELACIONAMENTOS INTERPESSOAIS. É TAMBÉM INEGÁVEL QUE MUITOS ASPECTOS TÊM SIDO TRANSFORMADOS EM RAZÃO DA INCORPORAÇÃO DAS NOVIDADES TECNOLÓGICAS NO DIA A DIA DO CIDADÃO BRASILEIRO. E POR FATORES RELACIONADOS AO CRESCIMENTO DO CONSUMO DE ARTIGOS TECNOLÓGICOS NO BRASIL, SEU USO TEM SE AMPLIADO DE FORMA MASSIVA. A RÁPIDA (E INTENSA) POPULARIZAÇÃO DESSES PRODUTOS IMPULSIONA UMA NOVA REALIDADE CUJAS CONSEQUÊNCIAS SÃO SENTIDAS EM TODOS OS RAMOS DA SOCIEDADE. EM ESPECIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.

A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (TELETRABALHO), A JURISPRUDÊNCIA PERCEBIDA COM RELAÇÃO AO MONITORAMENTO DE E-MAILS E A TENDÊNCIA DO BYOD – BRING YOUR OWN DEVICE (OU, SIMPLEMENTE, USO DE DISPOSITIVOS PESSOAIS NO TRABALHO) SÃO EXEMPLOS DE COMO AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS INFLUENCIAM PROFUNDAMENTE A APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.

ESTA EDIÇÃO DO **VEREDICTO** TRATA DE ALGUMAS DAS PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES E TENDÊNCIAS DO TEMA.



# NOVOS FATOS SOCIAIS CRIADOS DESPERTAM A ATENÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Além de afetar diretamente as relações empresariais e de consumo – criando relevantes indagações jurídicas antes não existentes –, a tecnologia tem impactado sensivelmente as relações de emprego no Brasil.

De fato, vários aspectos do relacionamento envolvendo *empregadores* (nos termos da conceituação apresentada pelo art. 2º da CLT) e *empregados* (conforme definição do art. 3º do Diploma Consolidado) sofreram alterações. O uso da tecnologia por ambas as partes pode alavancar a atividade econômica, servindo como evidente diferencial entre a concorrência.

Mas os benefícios não podem ser vistos isoladamente: o uso inadequado das ferramentas tecnológicas no ambiente de trabalho pode ter consequências extremamente graves, tais como desvio de informações confidenciais e de segredos industriais; propagação de vírus eletrônico nos sistemas operacionais; perda de dados importantes; queda sensível na produtividade do empregado; danos à imagem da empresa por atos de seus empregados; prejuízos materiais no caso de troca dos equipamentos com avarias irreversíveis etc.

Em se tratando de trabalhadores não empregados (sócios, parceiros, prestadores de serviços e outros), a gestão dos prejuízos gerais acima elencados certamente pode ser resolvida com base nas

leis civis e contratuais. Em suma, basicamente haverá a aplicação do artigo 927 do Código Civil, que estabelece que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”*.

Contudo, o assunto torna-se preocupante quando inserido na seara empregatícia, pois nos termos do sistema jurídico em vigor, existem previsões de responsabilização contudente do empregador por atos ilícitos praticados por seus funcionários. Vejamos:

**a.** Nos termos do art. 932, III, do Código Civil, o empregador é responsável pelos atos praticados por seus funcionários no exercício do trabalho. Assim, se o empregado, por meio da infraestrutura tecnológica da empresa (e-mail, sistemas, canais de mídias sociais da empresa etc), causar danos a outra pessoa, o empregador está legalmente obrigado a repará-los;

**b.** O inciso III do parágrafo 1º do artigo 241 da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), prevê que, se o empregado praticar pornografia infantil utilizando as ferramentas tecnológicas fornecidas pelo empregador, este último poderá ser responsabilizado – caso tenha conhecimento de tal prática e não tenha feito nada para impedi-la;

**c.** A Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal registra que: *“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”*.

Tais apontamentos são apenas alguns exemplos da importância do estudo da questão – pois, embora seja inafastável a imersão empresarial nos avanços da tecnologia, esta deve ser planejada e sua aplicação muito bem analisada, também à luz do Direito do Trabalho. Destacamos, a seguir, alguns outros pontos relevantes relacionados ao tema:

**Monitoramento eletrônico:** infindáveis debates foram criados em torno da possibilidade jurídica de o empregador, no exercício do poder de fiscalização, proceder ao monitoramento eletrônico do uso dos equipamentos tecnológicos pelos empregados. Grande parte da doutrina tem entendido que o monitoramento realizado pelo empregador é uma alternativa lícita para reduzir os riscos que recaem sobre ele, desde que procedido em determinadas condições. Estas, por sua vez, teriam exatamente o poder de afastar eventuais “expectativas de privacidade” do empregado no uso das ferramentas em questão.

Sérgio Ricardo Marques Gonçalves apresenta a imperiosa necessidade de descaracterização do ambiente de trabalho como “privado” para afastar a expectativa de privacidade do empregado. Em suas palavras:

*O direito objetiva a harmonia das relações sociais. Se a empresa tem o direito de regular o uso de suas instalações, equipamentos e demais instrumentos de*

*trabalho colocados ao dispor de seus funcionários, estes possuem seus direitos à liberdade e à privacidade. Se ambos têm direitos e estes são, aparentemente, opostos, como conciliá-los? Ora, em primeiro lugar, pela descaracterização do local de trabalho como um local no qual o empregado possa esperar privacidade. (“A Utilização da Internet no Ambiente de Trabalho”, in *Manual de Direito Eletrônico de Internet*, coordenado por Renato Opice Blum e outros, p. 314, Lex, 2006).*

Sérgio Pinto Martins, também defende a licitude do monitoramento:

*O sigilo de comunicação de dados, como o e-mail, é também inviolável. Entretanto, essa regra não pode ser entendida de forma absoluta, principalmente diante da má-fé do empregado. Em casos de interesse relevantes, que podem, posteriormente, ser examinados pela Justiça, o empregador poderá monitorar os e-mails do empregado, desde que digam respeito ao serviço. (Direito do Trabalho, 21ª edição, p. 227, Atlas, 2005.)*

Cabe citar ainda, no mesmo sentido, a opinião de Alice Monteiro de Barros:

*Se o empregado se utiliza, no horário de serviço, do e-mail do empregador (e-mail corporativo) para enviar suas mensagens particulares, o empregador poderá controlar os sites visitados, como também ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirige-se exclusivamente à atividade funcional. Nesse caso, o poder diretivo justifica a fiscalização, pois o computador constitui instrumento de trabalho. (Curso de Direito do Trabalho, 3ª edição, p. 592, LTR).*

**Teletrabalho:** como em todos os casos de alteração na CLT, as recentes mudanças trazidas à redação do seu

art. 6º causaram dúvidas no meio empresarial, muito embora, na prática, a atualização tenha sido simples e pontual. Pelo texto vigente, *não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.* O parágrafo único deste artigo acrescentou que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Em termos de interpretação jurídica das situações, de fato, nada mudou, sendo verdade que as características de empregados e empregadores, nos termos já mencionados da CLT, podem ser configuradas das mais diversas formas práticas, pois a vida em sociedade é dinâmica e a ampliação dos canais de relacionamento também estende a possibilidade de situações variadas.

Conforme mostrou a edição nº6 do **Veredicto**, antes mesmo da nova redação do art. 6º se efetivar, *os tribunais brasileiros jamais deixariam de reconhecer a existência de relação de emprego em qualquer forma de prestação pessoal de serviços, se percebidos os requisitos legais.*

**BYOD – Bring Your Own Device:** a tendência que, em uma tradução livre, poderia ser entendida como “traga seu próprio dispositivo”, além de já ser realidade em outros países, chegou também ao Brasil. Com a facilidade de acesso aos mais variados tipos de produtos tecnológicos, inclusive importados, o empregado brasileiro passou a adquirir equipamentos que, por vezes, são mais

modernos e atuais do que aquele da empresa em que trabalha.

Assim, por questões de comodidade e funcionalidade, muitos trabalhadores já utilizam seus próprios dispositivos pessoais (smartphones, notebooks, tablets etc.) na execução de tarefas laborais. Como visto no tópico anterior, tal prática deve ser vista com cautela à luz do art. 6º da CLT. Há implicações polêmicas relacionadas à possibilidade de monitoramento de tais equipamentos pela empresa, já que não são fornecidos por ela, compondo o patrimônio pessoal do empregado.

Se os dispositivos são privados, pode ser muito questionável qualquer ingerência da empresa nestes equipamentos, o que constitui riscos consideráveis para o empregador em termos de segurança. Explica-se: se por um lado pode parecer vantajoso que o empregado utilize nas tarefas diárias seus próprios equipamentos, por outro, a impossibilidade de controle e monitoramento podem deixar o empresário vulnerável em seus sistemas. Além disso, se o dispositivo for particular e o empregado utilizar os sistemas da empresa (softwares), nada impede que o empregador seja responsabilizado perante terceiros a respeito de eventuais danos causados por seus empregados, mesmo sem ter a possibilidade de monitorá-los completamente.

Deste modo, nota-se que na esfera do Direito do Trabalho, a tecnologia é bem-vinda e necessária, mas seus efeitos práticos precisam ser mensurados e avaliados com cautela por todas as partes envolvidas, para que os riscos assumidos jamais superem os benefícios oferecidos. [8]



## A TECNOLOGIA TRAZ VANTAGENS, MAS PEDE MEDIDAS PREVENTIVAS

A DISPENSA POR JUSTA CAUSA DEVE SER SEMPRE ANALISADA COM CAUTELA

A simples prática de irregularidades por funcionários no uso dos equipamentos tecnológicos não constitui, por si só, motivo legítimo para a dispensa por justa causa. Isso porque, como ensina Eduardo Gabriel Saad: “*Justa causa é todo o ato, doloso ou culposos, de natureza grave e de responsabilidade do empregado, que leva o empregador à conclusão de que ele não pode continuar a prestar-lhe serviços.*” (Consolidação das Leis do Trabalho Comentada, 39ª edição, p. 476, 2008, LTR).

Constata-se também que o ato capaz de gerar a dispensa por justa causa deve ser grave, intencional ou previsível e suficiente para abalar a confiança necessária ao relacionamento laboral. Amauri Mascaro do Nascimento ensina que o instituto da justa causa apresenta pressupostos subjetivos (*imprevisão ou dolo*) e

objetivos (*gravidade do comportamento e imediatismo da rescisão*). Há de estar presente ainda o requisito do imediatismo entre a falta e a punição, eis que se decorrido lapso temporal considerável entre a falta e a efetiva punição, ocorre o chamado “perdão tácito” (*Iniciação ao Direito do Trabalho*, 25ª edição, p. 432, LTR).

Destarte, assim já decidiram os tribunais:

“*Configura-se o denominado perdão tácito quando entre o ato faltoso e a medida punitiva há o decurso de vários meses, sem que o empregador tenha tomado providências possíveis e necessárias para a apuração da falta.*” (TRT da 12ª Região, RO 00433-2003-017-12-00-2, 3ª Turma, j. 03/02/2004).

Também é consagrado pela jurisprudência o entendimento de que, sendo a justa causa um tipo de





penalidade máxima na relação de trabalho, na maioria das vezes esta somente se justificará após a aplicação anterior de penalidades mais leves (advertência, suspensão etc). Ou seja, por ser uma medida extrema, em grande parte dos casos deve haver gradação na severidade das penas impostas aos funcionários.

*Verbi gratia*, declina-se decisão da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho no AIRR 780.656/01.6 /2003 sobre o assunto:

*“A despedida por justa causa, constituindo penalidade máxima e de dramática repercussão pessoal e social, há de ser reservada a situações extremas, quando o ato faltoso do empregado revestir-se de suficiente gravidade. Cumpre, assim, ao empregador dosar a sanção na medida da gravidade da falta. (...)”*

Inferre-se que de igual forma, se por meio do monitoramento eletrônico ou controle do teletrabalho o empregador constatar prática de ato reprovável por parte de seus empregados, a legalidade

da dispensa motivada somente ocorrerá quando a conduta estiver elencada no art. 482 da CLT e, em regra, já houver sido aplicada pena mais leve anteriormente. (Por evidente, não se pode ignorar que em casos graves, dependendo da situação concreta, é cabível a dispensa por justa causa de forma direta, sem advertências anteriores).

Notícia-se, também, que assim já decidiu a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, na análise do RR 613/2000-013-10.00.7:

*“Prova ilícita. E-mail corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. (...) apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibili-*

*zado igualmente pela empresa. Destina-se este a que trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. (...) Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.”* (Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJU 10.06.05.).

Se a tecnologia traz evidentes mudanças positivas no cotidiano empresarial, não se pode negar que às vezes pode ser justamente o fator propagador

de problemas, sendo seu mau uso motivo para prejuízos e dissabores. No entanto, vale a pena destacar que a questão atinente à caracterização do teletrabalho, cada vez mais comum no cotidiano de empresas em geral – em especial das relacionadas aos setores de tecnologia e infraestrutura –, já foi objeto de análise, por diversas vezes, dos tribunais pátrios. Como exemplo, declina-se:

*“O teletrabalho e o trabalho em domicílio (home office) tornaram-se frequentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre trabalhador e seu tomador de serviços, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem, sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados.”* (TST-AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, relator Maurício Godinho Delgado, DOU 07/04/2010.)

É oportuno pontuar que tais decisões definitivamente não trazem novidades ao mundo jurídico, mas justamente confirmam princípios e entendimentos anteriormente consagrados pelo Direito do Trabalho, que recebem apenas aplicações às novas situações fáticas impulsionadas pelos efeitos da evolução tecnológica.

#### ANÁLISES DE CASOS DE BYOD DEVEM

#### CONFIRMAR OS PRINCÍPIOS JÁ APLICADOS

Exatamente pelas razões apontadas, é provável que a construção jurisprudencial em torno do assunto do BYOD siga a tendência de já utilizar os princípios afirmados nas decisões sobre monitoramento eletrônico e teletrabalho. Isso significa dizer que, os e-mails corporativos e sistemas de exclusiva propriedade da empresa certamente continuarão passíveis de vigilância por parte da empresa, servindo como prova de, por exemplo, horas extraordinárias ou jornada em sobreaviso, desde que presentes todas as características destes dois institutos. Já a definição sobre o monitoramento e controle dos dispositivos particulares do empregado (dispositivos, hardwares), mesmo que utilizados na execução das tarefas da empresa, ainda parece ser uma incógnita e não se tem notícias sobre posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema.

Mas isso não significa que não haja medidas preventivas a serem adotadas pelas empresas para o assunto. Como bem lembra a procuradora Federal Janice Ascari, há sugestões interessantes para tratar a temática com cautela:

*“Muitas organizações têm observado o cuidado de elaborar um regulamento predefinido e uma política de utilização rígida e abrangente, devendo o empregado aderir expressamente a um termo de uso ou, ao menos, demonstrar ter inequívoco conhecimento das políticas adotadas. Esses normativos internos devem caminhar no sentido de fazer observar recomendações técnicas e boas práticas na utilização do sistema, tais como manter senhas pessoais fortes e intransferíveis, antivírus atualizados, cuidar do sigilo da informação – aqui podendo haver a ado-*

*ção de contratos especiais de trabalho e cláusulas de confidencialidade (‘non disclosure agreement’) e outras diretivas. Nesse modelo de negócio, tendo em vista o uso profissional do dispositivo pessoal, algumas empresas pagam uma espécie de ajuda de custo ao empregado, traduzida na valoração de uma cota mensal de utilização.”* (Retirado de <http://janiceascari.blogspot.com.br/2013/07/byod-voce-sabe-o-que-e-isso.html>).

Essa sugestão toma por base a premissa de clareza e transparência prévia sobre o assunto com os empregados em relação às práticas adotadas pela empresa no tocante ao BYOD, com recomendações relativas à segurança e a outros aspectos de proteção dos sistemas da empresa. Na verdade, informações sobre os limites da privacidade no ambiente de trabalho e da confidencialidade das informações empresariais são sempre aconselháveis, quaisquer que sejam as novidades trazidas pela tecnologia. Janice Ascari, no artigo referenciado, menciona que já existem sinais de evolução do tema:

*“As empresas, atualmente, lidam com outra questão que já se apresenta: o BYOA – Bring Your Own App (‘traga seu próprio aplicativo’). Se a opção por trabalhar com dispositivos pessoais é uma realidade, nada mais natural que os usuários queiram ou exijam, também, poder utilizar aplicativos de sua livre escolha, sem prévia homologação ou aprovação pelo empregador.”*

Ou seja: se os fatos sociais estão em constante movimentação, estes, naturalmente, também se refletem em questões inéditas a serem levadas ao Judiciário, criando desafios interessantes, sob a ótica da legislação vigente, a serem inevitavelmente enfrentados pelos tribunais brasileiros. [8]



## A INSTABILIDADE DE TRABALHO DOS JOVENS

A grande imprensa tem dado amplo espaço para relatar a situação dos jovens que nem estudam, nem trabalham, nem procuram emprego, os chamados “nem-nem-nem”. Analistas do mercado de trabalho também pesquisam o assunto, mostrando que o número desses jovens tem crescido nos últimos anos, embora a maioria fique nessa situação por pouco tempo. Mais cedo ou mais tarde, eles começam a trabalhar. O que mais preocupa, porém, é o fato de que esses jovens não param nos empregos que conseguem.

O “entra e sai” dos jovens no mercado de trabalho gera uma situação extremamente instável para eles e conspira contra a formação de quadros experientes nas várias profissões. Isso prejudica a formação e a melhoria do capital humano da economia como um todo. O que explica tamanha instabilidade?

No estudo do Ipea, os autores avançam numa hipótese bastante razoável segundo a qual o “entra e sai” ocorre em empresas que, pela natureza de sua atividade, expandem e contraem seu quadro de pessoal conforme a necessidade. O comércio, por exemplo, contrata e descontrata jovens nas

### NOS PAÍSES AVANÇADOS, EMPRESAS QUE CONTRATAM RECÉM-FORMADOS SEM EXPERIÊNCIA, RECOLHEM MENOS ENCARGOS SOCIAIS

datas festivas; os serviços de turismo buscam jovens durante as férias escolares; a construção civil, durante a execução da obra.

Penso, porém, que duas outras hipóteses podem ser adicionadas: a falta de experiência e a rigidez da legislação trabalhista. Na primeira, lembro que todas as pesquisas indicam que a rotatividade é mais frequente entre os trabalhadores menos experientes. Isso evidentemente afeta aqueles que nunca trabalharam ou que trabalharam por pouco tempo. Na segunda, destaco que a legislação trabalhista impõe as mesmas despesas de contratação para trabalhadores experientes e não experientes.

Nos países avançados, programas estimulam a contratação de jovens inexperientes. É o caso dos subsídios ao primeiro emprego. Com base ne-

les, empresas contratam por período limitado (12 ou 18 meses) recém-formados em escolas médias ou superiores e sem experiência, recolhendo menos encargos sociais.

É uma medida simples e muito eficaz para a sociedade em geral. Com base nela, os jovens passam a desfrutar de mais tempo nas empresas para adquirir a necessária experiência. Elas observam a evolução desses funcionários durante longos períodos de trabalho, antes de contratá-los em definitivo.

Dessa forma, o governo aumenta a arrecadação das contribuições previdenciárias e reduz as despesas com a assistência social a esses jovens. A sociedade eleva o seu capital humano.

Vários Projetos de lei com esse espírito tramitam no Congresso Nacional. Até o momento, nenhum deles recebeu a devida atenção das autoridades do trabalho. Está na hora de agir. Gostaria muito de ver uma audiência pública para analisar e aprovar tais projetos. [&]

*José Pastore é presidente do Conselho do Emprego e Relações do Trabalho da FecomercioSP*

