

As NTIC, a privacidade dos trabalhadores e o poder de controlo electrónico do empregador

Teresa Coelho Moreira¹

Sumário:

1. Introdução; 2. O poder de controlo electrónico do empregador; 3. Conclusões

1. Introdução

1.1. As NTIC^{1 2} associadas à informática fizeram com que o tema do direito à privacidade e à dignidade dos trabalhadores adquirisse enorme importância no Direito do trabalho, de tal forma que há quem refira, a esse nível, uma verdadeira revolução industrial, agora de tipo informático, na medida em que se opera uma ruptura com o sistema anteriormente vigente com a emergência e o surgimento de uma longa série de transformações económicas e sociais que nunca mais param.

Nos últimos anos, o impacto das NTIC na sociedade tem sido notável e incidido, com uma velocidade vertiginosa, e com efeitos sinérgicos incalculáveis, não só no modo de viver, de pensar e de agir de todas as pessoas^{3 4}, como também no mundo do trabalho, transformando em

¹ Doutora em Direito, Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal.

² A utilização desta expressão é, segundo DÄUBLER, “Nuove tecnologie: un nuovo Diritto del Lavoro”, in *GDLRI*, n.º 25, 1986, “uma coisa óbvia”, já que na sociedade pós-feudal a técnica já não se apresenta como um facto estático. Mas a expressão utilizada é *novas tecnologias*, enunciando de seguida o autor as razões que entende ocorrerem para se empregar esta terminologia. Também CLIMENT BARBERÁ, *Derecho y nuevas tecnologías*, Universidad Cardenal Herrera – CEU, Valência, 2001, p. 7, a propósito desta expressão, entende que nela se insere uma série de conteúdos muito diversos que têm em comum a inovação tecnológica, tratando-se de uma locução com carácter muito contingente e relativo. No mesmo sentido BRUNO VENEZIANI, “Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato”, in *GDLRI*, n.º 33, 1, 1987, p. 5, defendendo que esta expressão “indica factores heterogêneos de mudança”. Partilha este entendimento OMBRETTA DESSÍ, “Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo”, in *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, (coord. ESCUDERO RODRIGUEZ), La Ley, Madrid, 2005, p. 181. Para DUBOIS, “Lavoro e nuove tecnologie: una riflessione di sintesi”, in *Sociologia del Lavoro*, n.ºs 26-27, 1985/1986, pp. 216-217, com esta expressão deve abranger-se qualquer aparelho ou máquina que recorra à informática para elaborar dados e, para FROSINI, “Tecnologie e libertà costituzionali”, in *Dir. Inf.*, vol. 19, n.º 3, 2003, p. 487, por tecnologia deve entender-se o “fecundo campo de fusão de ciência e de técnica que se verificou com a estimulação da investigação científica perante objectivos práticos e com a revalorização da técnica enquanto conexa e submetida à investigação científica”. Também RENATO BIGNAMI, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, in *RDT*, Ano 32, n.º 122, 2006, pp. 215-216, se interroga sobre qual a noção desta expressão e quais as tecnologias que nela poderão ser inseridas.

³ No prefácio à obra de WESTIN, *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nova Iorque, 1970, p. vii, RUEBHAUSEN, defende, a propósito da ligação do homem à ciência e tecnologia, que “desde que Prometeu roubou fogo aos Deuses, o homem tem estado fascinado e um pouco ansioso acerca da magia da ciência” e que, pela primeira vez, parece perspectivar-se o acesso a poderes que anteriormente eram considerados de origem divina.

⁴ SUSANA RODRIGUEZ ESCANCIANO, “Requisitos para el tratamiento de datos personales de ciudadanos de la Unión Europea no nacionales”, in *RDS*, n.º 46/2009, p. 121, menciona que o aumento da utilização da

profundidade a estrutura empresarial, revolucionando todo o processo de produção, a programação e a organização da actividade do trabalho, assim como a própria profissionalidade e as condições de vida materiais e morais dos trabalhadores e, conseqüentemente, a própria configuração da relação de trabalho. E a centralidade da informação e da comunicação constitui uma das características fundamentais da sociedade actual, sendo nesta sociedade informacional que a empresa dos nossos dias necessariamente se coloca e movimenta.

Com as NTIC surgem vários instrumentos informáticos capazes de ameaçar a privacidade das pessoas, em geral, e dos trabalhadores, em especial. Esta situação levanta um verdadeiro e quase insolúvel desafio à privacidade já que através destas inovações tecnológicas é possível efectuar, quase de forma ilimitada, a recolha e o tratamento de informações pessoais, associadas a uma enorme rapidez de acesso através dos computadores, a que acresce a circulação informacional em moldes quase inimagináveis.

No entanto, também não pode deixar de atender-se a que a tecnologia é em si mesma neutra, o mesmo não se podendo dizer do homem que a utiliza, cujo *leitmotiv* é o controlo das pessoas. Na verdade, conforme a história tem vindo a demonstrar ao longo do tempo, tão curto e tão longo, as inovações tecnológicas só dependem da utilização que lhes é dada pelo homem.

E a questão que, desde logo, se coloca é a de saber se o tratamento de dados pessoais associado à enorme facilidade da sua recolha, tratamento e circulação através das inovações tecnológicas se poderá circunscrever aos parâmetros tradicionais ou se será necessária uma regulamentação nova, num mundo *novo*⁵ que atenda às características extremamente intrusivas das NTIC, não deixando de ter em consideração que a informação, mesmo a mais pessoal, circula de forma muito rápida, em muito maior quantidade e através de muitos mais sujeitos do que em qualquer outra época, aumentando o perigo da sua descontextualização⁶.

Torna-se necessário, se bem vemos, aferir da forma como o tratamento de dados pessoais deve ser feito, já que os que estão computadorizados e telematicamente disponíveis podem ser recolhidos de modo muito mais simples e com um custo substancialmente menor para o empregador.

É fácil constatar que, com o aumento da possibilidade de controlo e da vigilância neste tipo de sociedade, o tema da privacidade das pessoas, em geral, e dos trabalhadores, em especial, adquire importância extraordinária e excepcional.

Não pode entender-se que as novas tecnologias só trazem consequências negativas para a sociedade, com o enorme aumento do poder de controlo que comporta. De facto, em termos colectivos, elas potenciam um desenvolvimento humano mais harmónico, facultando uma maior mundividência.

informática nos vários sectores da vida tem vindo a colocar novos problemas e desafios a todos os operadores do direito.

⁴ Ver as várias questões colocadas por JEAN-EMMANUEL RAY, "Actualité des TIC", in *DS*, n.º 3/2010, pp. 267 e ss., sobre as repercussões destas mudanças na vida das pessoas, começando pela noção de vida privada.

⁵ ALDOUS HUXLEY, *O Admirável Mundo Novo*, Colecção Mil Folhas, Lisboa, 2003.

⁶ Como refere JABRINA BELLUMAT, "Privacy e «controlli tecnologici» del lavoratore: tra «contrasti» della giurisprudenza e «certezze» dell'Autorità Garante", in *ADL*, n.ºs 4-5/2009, p. 1217, esta matéria move-se num terreno de "luzes e de sombras".

Torna-se necessário, diria mesmo imperioso, aferir qual a extensão da protecção da privacidade e tentar saber se a tecnologia comporta e impõe os seus próprios limites.

1.2. Com as NTIC o problema do controlo dos trabalhadores conhece uma nova realidade e uma nova actualidade, na medida em que a evolução tecnológica e a mutação das formas de organização das empresas contribui para criar novos momentos de tensão entre o legítimo poder de controlo do empregador e os direitos fundamentais dos trabalhadores. Aquele não é novo nem proibido, sendo que a questão que se coloca não é a da legitimidade desse poder mas a dos seus limites, tendo em consideração que com estas novas tecnologias ressurgiu o clássico debate entre o equilíbrio do direito fundamental à privacidade dos trabalhadores e os legítimos direitos dos empregadores de os dirigir e de controlar as suas tarefas.

A incidência das novas tecnologias nas relações laborais tem precisamente uma das suas manifestações mais visíveis nas novas dimensões que as mesmas podem ter na fiscalização da actividade laboral do trabalhador, o que cria a necessidade de proceder ao seu adequado enquadramento jurídico.

Configurando o poder de controlo do empregador um aspecto essencial da relação de trabalho, a difusão das NTIC aumentou de forma exponencial as suas potencialidades. Sendo mais intrusivo e mais abrangente, como salvaguardar a posição do trabalhador? Quais são as características deste novo poder cujo *nomem iuris* mais adequado será de controlo electrónico?

1.3. Através destas inovações tecnológicas é possível armazenar, planificar, regular, controlar e transmitir informação, o que permite um enorme controlo das pessoas⁷, embora não possa deixar de considerar-se que as novas tecnologias, permitindo uma enorme possibilidade de invasão da privacidade, também podem torná-las obsoletas⁸. Na verdade, factores como a velocidade, a potência e a capacidade de armazenamento dos computadores constituem, actualmente, uma séria ameaça à privacidade das pessoas, risco que aumenta exponencialmente quando a comunicação entre elas é facilitada pela existência de terminais separados por milhares de quilómetros, não existindo nenhum impedimento técnico para o tratamento dos seus dados pessoais⁹. O perigo para a privacidade das pessoas decorre da possibilidade de uma elaboração automática que o computador oferece de reunir um conjunto dos seus dados que isoladamente nada dizem mas que, apresentados

⁷ Como chama a atenção GILES TRUDEAU, "Vie professionnelle et vie personnelle tâtonnements nord-américains", in *DS*, n.º 1, 2004, p. 11, "a evolução das novas tecnologias, particularmente aquelas ligadas à informática, fragiliza a privacidade já que existem tecnologias que permitem a captação da voz, imagem ou mensagens de uma pessoa sem o seu conhecimento ou consentimento, independentemente do local onde ela se encontre, mesmo nos locais considerados mais íntimos". Também WEIßGERBER, *Arbeitsrechtliche Fragen bei der Einführung und Nutzung vernetzter Computerarbeitsplätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 98, alude ao facto de com as novas tecnologias de diferentes tipos ser possível criar "perfis totais" da pessoa vigiada.

⁸ Ver JON BIBLE e DARIEN MCWHIRTER, *Privacy in the Workplace – a Guide for Human Resource Managers*, Quorum Books, Nova Iorque, 1990, p. 241.

⁹ Neste sentido ver CINTA CASTILLO JIMÉNEZ, "Protección de la intimidad en Internet", in *Informática y Derecho*, n.ºs 27, 28 e 29, 1998, p. 461, e em "La Sociedad de la Información y los Derechos fundamentales. Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico", in *Derecho y Conocimiento*, vol. 2, p. 23.

de forma sistemática e cruzada entre si¹⁰, permitem uma informação quase inimaginável¹¹. E os grupos de poder quer sejam públicos, quer privados, exercem o seu controlo social, cada vez de forma mais difusa, a partir do domínio e do manuseamento de dados pessoais das pessoas¹². Desta forma “o conhecimento centralizado e sistemático de dados pessoais traduz-se no sistema de vigilância e controlo da sociedade mais rápido e eficaz”.

O tratamento de dados e a sua posterior divulgação não pode mais circunscrever-se a certos parâmetros tradicionais pois, a *Internet*, o *e-mail* e o constante desenvolvimento tecnológico aumentam, e muito, a enorme capacidade de deslocação de dados¹³, o que se traduz num acréscimo muito grande das várias formas de intrusão na privacidade das pessoas e, na maior parte das ocasiões, com o seu desconhecimento¹⁴. Se associarmos a tudo isto o baixo custo que agora representa o tratamento de dados que estas

¹⁰ Como salienta BELLAVISTA, “La direttiva sulla protezione dei dati personali: profili giuslavoristici”, in *DRI*, n.º 1, 1997, p. 121, o perigo apresentado decorre da possibilidade de utilização ilimitada de dados recolhidos para os fins mais diversos e de lhes dar uma posterior utilização totalmente diferente do intuito original.

¹¹ No mesmo sentido pode ver-se M.ª EDUARDA GONÇALVES, *Direito da Informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 173, ao defender que o ciberespaço coloca em risco a privacidade e as liberdades públicas de duas formas principais: pela acumulação de informação e dados pessoais e pela possibilidade de interceptação ilícita das comunicações privadas. Esta autora, citando SYKES, refere que “a Internet reescreveu as regras da vida pública e privada dando a ilusão da *privacy* num mundo que passou a ser, na realidade, um «aquário»”. Também BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Das escutas telefónicas - à obtenção da prova [em ambiente] digital*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 436, preconiza que “a privacidade encontra-se a saque”, acrescentando que “os cidadãos assistem, de forma apática e obediente, à [vitrificação] dos mais vulgares aspectos da sua vida quotidiana”, ideia com a qual não podemos concordar já que não nos parece que haja uma apatia das pessoas perante esta realidade, bastando mencionar o caso de uma acção coordenada pelo grupo de direitos civis alemão *Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung* que, com o apoio de mais de trinta mil cidadãos, interpôs uma petição no Tribunal Constitucional alemão sobre a constitucionalidade da transposição da Directiva 2006/24/CE, de 15 de Março, pela lei alemã e que deu origem, pelo julgamento de 11 de Março de 2008 (que pode ser consultado em www.bverfg.de), a um reconhecimento de que a retenção de dados provoca significativas ameaças à privacidade.

¹² Como referem STAHL, PRIOR, WILFORD e COLLINS, “Electronic monitoring in the workplace: if People Don’t Care, Then What is the Relevance”, in *Electronic Monitoring in the Workplace: Controversies and Solutions*, (coord. JOHN WECKERT), Idea Group Publishing, EUA, 2005, p. 66, um outro aspecto relacionado com o impacto das inovações tecnológicas na sociedade é a economia já que, se tradicionalmente a maior ameaça para a privacidade era representada pelo Estado e poderes públicos, actualmente a situação alterou-se e são as grandes companhias privadas que têm maior interesse em recolher dados dos seus consumidores ou trabalhadores e, por isso, apresentam-se como os mais “fortes candidatos” a exercer a vigilância.

¹³ Como realça ZUCCHETTI, *Privacy – Dati personali e sensibili Sicurezza – Regolamento – Sanzioni – Problemi e Casi pratici*, Giuffrè Editore, Milão, 2005, p. 3.

¹⁴ No mesmo sentido RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Società Editrice il Mulino, Bolonha, 1995, p. 47, mencionando que a *Internet* está a converter-se num canal importantíssimo para a aquisição de bens e serviços. Os dados oferecidos pelos interessados para a obtenção de determinados serviços são tais, quer pela quantidade, quer pela qualidade, que permitem toda uma ampla possibilidade de utilização secundária particularmente remunerativa, possibilitando a criação de perfis de consumo individual ou familiar, análise de referências, informações estatísticas a partir dos dados obtidos graças à oferta de serviços, *inter alia*. Também chamam a atenção para este facto FABRIZIA DOUGLAS SCOTTI, “Alcune osservazioni in mérito alla tutela del lavoratore subordinato di fronte al trattamento informatico dei dati personali”, in *DRI*, n.º 1, 1993, p. 231. *Vd.*, ainda, FRANCESCO DI CIOMMO, “Internet e crise del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale”, in *RCDP*, ano XXI, n.º 1, 2003, p. 117, e MÓNICA SOLANA, “Derecho de intimidad y protección de datos personales”, in *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 94.

tecnologias permitem¹⁵, assim como o tempo cada vez mais reduzido, constatar-se-á, facilmente, os perigos que poderão ocorrer.

Constata-se, pois, que a sociedade actual está a caracterizar-se cada vez mais como uma sociedade da identificação, da classificação e do controlo, com um espaço cada vez menor para a privacidade¹⁶.

Estas novas formas de ameaça à privacidade apontam para a *sociedade de controlo ou vigilância*¹⁷ já que grandes quantidades de dados da vida privada das pessoas são recolhidas, tratadas e processadas todos os dias para um número infindável de finalidades.

2. O poder de controlo electrónico do empregador

2.1. A faculdade de vigilância e controlo é necessária para a organização laboral da empresa, representando um instrumento fundamental para a valoração das formas de execução do contrato de trabalho¹⁸. O empregador tem, desta forma, o poder de, na fase de execução do contrato de trabalho, controlar e vigiar a prestação de trabalho realizada pelo trabalhador. A doutrina é unânime em entender que este poder de controlo é inerente ao próprio contrato de trabalho já que não teria lógica que o empregador pudesse ditar ordens e instruções ao abrigo do seu poder directivo e, depois, não pudesse verificar se elas estariam a ser bem cumpridas¹⁹. Não se pode, desta forma, duvidar da faculdade do empregador controlar o cumprimento por parte dos trabalhadores das suas obrigações, já que o seu fundamento tem alicerces constitucionais na liberdade de empresa e, também, na própria definição de contrato de trabalho do art. 11.º do CT. Este poder de controlo é considerado

¹⁵ Chamando a atenção para os baixos custos do processamento da informação e das comunicações digitais ver LUC SOETE, "Nuevas tecnologías, trabajo del conocimiento y empleo. Retos para Europa", in *RIT*, vol. 120, n.º 2, 2001, p. 175.

¹⁶ Neste sentido ANA URRUTIA, HÉCTOR GORSKI e MÓNICA MICHEL, *Tecnología, Intimidad y Sociedad Democrática*, Icaria editorial, Barcelona, 2003, p. 12.

¹⁷ Termo empregue por DAVID LYON, *The Electronic Eye – The Rise of Surveillance Society*, Polity Press, Reino Unido, 1994, p. 3. Também DAVID FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies – The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and The United States*, The University of North Carolina Press, EUA, 1989, p. 1, chama a atenção para o facto das sociedades ocidentais industrializadas correrem o risco de se tornarem - ou mesmo já serem - sociedades vigiadas e controladas, referindo vários exemplos. No mesmo sentido TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas Tecnologías, Intimidad y Protección de Datos con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 27, defende que não sendo partidário de teorias apocalípticas, não pode deixar de entender-se que estamos perante o "auge da sociedade vigiada".

¹⁸ Neste sentido MARTÍNEZ FONS, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, p. 27. Veja-se, ainda, GIUSEPPE PERA, *Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, 1990, p. 189, mencionando que o empregador tem o direito de vigiar a execução da prestação e, em geral, o comportamento do trabalhador. Adverte, porém, que este poder tem no *Statuto dei Lavoratori* muitos limites com o fim de garantir a liberdade e a dignidade do trabalhador. Também JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 320, entende que o empregador "goza da faculdade de controlar a correcta execução da prestação de trabalho".

¹⁹ No seguimento de MONTOYA MELGAR, "Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa", in *RMTAS*, n.º 23, 2000, p. 38, e em "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario", in *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, (coord. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, p. 172, a empresa constitui um sistema de supervisão e o empregador está legitimamente autorizado para realizar a "valoración da eficiência" dos seus trabalhadores. Para tal, pode determinar quais os pertinentes meios de controlo que entende necessários.

uma faculdade permanente da organização produtiva enquanto instrumento indispensável para a coordenação e valoração da prestação de trabalho.

O poder de controlo e vigilância do empregador configura-se, assim, tradicionalmente, como uma manifestação do poder directivo, pois por lógica, a atribuição de poderes para a organização produtiva da empresa deve ser acompanhada das faculdades tendentes à comprovação do grau de diligência empregue pelo trabalhador na execução do seu contrato de trabalho^{20 21}. Assim, esta visão do poder de controlo tem em atenção o vazio em que se insere o poder directivo sem a faculdade de controlar a actividade laboral, tentando evidenciar o nexo entre a faculdade de ordenação e disposição do empregador e o poder disciplinar.

2.2. Este tipo de vigilância e de controlo impregnaram o *código genético* da forma de organização do trabalho desde a aplicação da teoria de TAYLOR na versão fordista. Neste tipo de organização um papel muito importante é realizado pelo controlo e pela vigilância feita pelo pessoal de gestão, de forma a obter a realização de determinados objectivos produtivos. Mas, se originalmente se poderia entender a análise desta faculdade empresarial como uma mera faceta do poder directivo, actualmente, questões como o controlo do *e-mail* e da *Internet*, a utilização do computador como instrumento de controlo dos trabalhadores, e a vigilância através de meios audiovisuais, converteram esta matéria num fenómeno de dimensões complexas, que justificam, possivelmente, a consideração deste poder de controlo como uma faculdade autónoma ou própria²².

Assim, actualmente, as transformações na organização da empresa e na estrutura produtiva e as mudanças na organização do trabalho, originadas pela introdução das novas tecnologias, estão a afectar o poder de controlo e a exigir novas formas de racionalização e de gestão dos recursos humanos, assim como a favorecer o aparecimento de novas formas de controlo e de vigilância. Se o controlo por parte do empregador não é novo nem proibido, a novidade provém do facto de surgirem novas tecnologias que têm maior efectividade de controlo e com uma capacidade de recolher dados que, por vezes, parecem não ter limites. Estas novas tecnologias, directamente conexas com os meios

²⁰ Neste sentido GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador – un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, p. 109. Também MONTOLYA MELGAR, “Artículo 20 – Dirección y control de la actividad laboral”, in *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo V artículos 19 a 25*, (coord. EFRÉN BORRAJO DACRUZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 143, entende que este poder de controlo é um aspecto do poder directivo que se encontra na relação “da parte com o todo”.

²¹ Mas o contrato de trabalho não é o único negócio jurídico onde o ordenamento jurídico reconhece um poder de controlo sobre o cumprimento da obrigação contratada, tal como notam BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli Editore, Turim, 1995, p. 1, e MARTÍNEZ FONS, *El poder de control...*, cit., p. 23, *Nuevas tecnologías...*, cit., p. 1, e “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo - A propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de Abril y 186/2000, de 10 de julio”, in *RL*, n.º 4, 2002, p. 11. É o próprio ordenamento jurídico que reconhece, em via de princípio, o poder do credor de uma prestação continuada ou periódica de controlar a actividade desenvolvida pelo devedor. Um poder atribuído ao credor com certas condições e com algumas consequências.

²² A questão da autonomia deste poder tem na doutrina espanhola especial incidência dado o teor do art. 20.º, n.º 3, do *ET*, pois o legislador estabeleceu a divisão entre “Direcção e controlo da actividade laboral”. Veja-se JESÚS MARTÍNEZ GIRON, ALBERTO ARUFE VARELA e XOSÉ CARRIL VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 239, e MARTÍNEZ FONS, *El poder de control...*, cit., pp. 21 e ss.

informáticos, poderão mesmo determinar uma mudança no poder de controlo do empregador na medida em que grande parte da direcção, controlo e vigilância será realizada à distância através do computador. Nesta medida, “trabalhar sobre informação implicará conhecer quem tratou, elaborou e fez circular a informação”²³. Esta realidade exige que se redobrem os esforços no sentido de assegurar a posição do trabalhador perante o exercício do controlo por parte do empregador.

Os próprios poderes do empregador, e entre eles, o poder de controlo, não constituem conceitos isolados e estanques em relação às mutações ocorridas na sociedade a nível político, social, económico e tecnológico, mas sim, o contrário, integrando uma “instituição absolutamente receptiva”²⁴.

Actualmente, estas inovações revestem uma enorme importância para o Direito do Trabalho²⁵ e o tradicional modelo fordista está a ser substituído por um sistema heterogéneo de modelos de organização do trabalho onde a circulação de uma informação transversal e rápida suplanta a organização hierárquica vertical típica daquele modelo²⁶.

2.3. Com as inovações tecnológicas o problema do controlo dos trabalhadores conheceu uma nova realidade e uma nova actualidade^{27 28}. O controlo do empregador não é novo²⁹, nem proibido³⁰, pois não teria sentido o

²³ Cf. MARTINEZ FONS, última *op. cit.*, p. 33. No mesmo sentido JEAN-EMMANUEL RAY, *Le droit du travail...*, cit., pp. 83-84.

²⁴ M.ª BELÉN CARDONA RUBERT, *Informática y...*, cit., p. 40.

²⁵ Como defende JEAN-EMMANUEL RAY, “Nouvelles Technologies et nouvelles formes de subordination”, in *DS*, n.º 6, 1992, p. 519, a entrada da empresa e do mundo do trabalho na era da informática e da Internet originou a necessidade de repensar o Direito do trabalho perante novas formas de organização e de relações de trabalho. “Novas tecnologias, novo Direito do trabalho?”. Também para SARA RUANO ALBERTOS, “Facultades de control por medios informáticos”, in *El Control Empresarial*, (coord. GARCÍA NINET e VICENTE PACHÉS), CISS, Valência, 2005, p. 129, a evolução tecnológica, sobretudo a informática, reflecte-se no Direito do trabalho, e conduz ao surgimento de vários problemas jurídicos, conforme se escreveu anteriormente, tal como o de saber da possível validade da assinatura electrónica para celebrar um contrato de trabalho, da aplicação de sanções disciplinares, inclusive o despedimento, mediante o correio electrónico, ou da possível resolução do contrato de trabalho por parte do trabalhador através do correio electrónico. Cf., ainda, M.ª DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “O telemóvel e o trabalho: algumas questões jurídicas”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, volume II*, (coord. MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PAULA COSTA E SILVA), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1581-1582.

²⁶ Como é referido em *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, SUPLOT (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp.17-18 e 40-41, o modelo fordista dominou durante muito tempo na Europa mas, actualmente, “está a perder terreno” face a novos modelos.

²⁷ Tal como evidencia BERNARD BOSSU, “Nouvelles Technologies et surveillance du salarié”, in *RJS*, n.ºs 8-9, 2001, p. 663.

²⁸ Como observa HANS-JOACHIM REINHARD, “Vías de aplicación”, in *Tecnología informática...*, cit., p. 349, o uso destas NTIC, salientou a tensão existente entre dois princípios distintos que aparentemente parecem contraditórios: por um lado o princípio da inviolabilidade da vida privada dos trabalhadores, assim como das suas comunicações pessoais e, por outro lado, o princípio do livre exercício por parte do empregador do seu direito à propriedade privada e do seu poder de controlo.

²⁹ LARRY O. NATT GANTT, II, “An affront to human dignity: electronic mail monitoring in the private sector workplace”, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 8, n.º 2, 1995, p. 345, observa que, desde sempre os empregadores controlaram os trabalhadores, assim como ANN BRADLEY, “An Employer’s Perspective on Monitoring Telemarketing Calls: Invasion of Privacy or Legitimate Business Practice”, in *Labor Law Journal*, n.º 5, 1991, p. 260, escrevendo acerca da antiguidade do controlo exercido pelos empregadores, e RITA MANNING, “Liberal and Communitarian Defenses of Workplace Privacy”, in *Journal of Business Ethics*, n.º 16, 1997, p. 817, preconizando que os trabalhadores sempre estiveram sob “o olhar do supervisor”. Também MISHRA e CRAMPTON, “Employee monitoring: privacy in the

empregador poder dar ordens e instruções se não pudesse verificar como estariam a ser cumpridas. A questão que se coloca não é a legitimidade do controlo mas a dos seus limites, tendo em consideração que com estas tecnologias ressurgiu o clássico debate relativo ao equilíbrio entre o direito fundamental à privacidade dos trabalhadores e os legítimos direitos dos empregadores de dirigir os trabalhadores e controlar as suas tarefas³¹. O grande perigo advém das tecnologias que são utilizadas, já que com elas foram criadas formas mais sofisticadas e efectivas de controlar os trabalhadores³². Assim, se estas e a introdução de novos meios de comunicação electrónicos têm inúmeras vantagens para o funcionamento interno das empresas, é inquestionável que suscitem importantes questões jurídicas em diversas áreas, com especial incidência no campo laboral. É o caso das relativas à privacidade e à dignidade dos trabalhadores aquando da sua utilização³³, que não podem ser descuradas, bem como a capacidade de conservação de toda a sua movimentação³⁴.

Se o poder de controlo do empregador configura um aspecto essencial da subordinação dos trabalhadores e da própria relação de trabalho, reconduzível ao interesse próprio do credor de trabalho, a difusão dos sistemas informáticos inevitavelmente associados às novas tecnologias, aumentou e muito as potencialidades deste poder.

workplace?", in *S.A.M. Advanced Management Journal*, vol. 63, n.º 3, 1998, p. 7, observam que os sistemas de controlo e de vigilância sempre estiveram presentes nas empresas, bastando citar a utilização de contadores mecânicos – *cyclometers* – anteriores a 1913, destinados a medir o desempenho de dactilógrafos, ou os sistemas de registo e controlo das chamadas telefónicas, existentes desde os anos vinte do século XX. A mesma opinião pode ser encontrada em CARLOS CARDOSO, *A organização panóptica e a polícia do amor: o argumento da produtividade e a reserva da vida privada em contexto de trabalho – Lição síntese*, Universidade do Minho, Braga, 2004, p. 17. Mas, também não pode deixar de atender-se, tal como DAVID LYON, *op. cit.*, pp. 24 e 36, que a ideia de controlo, tal como hoje é entendida, só recentemente é que surgiu.

³⁰ Como defende DÄUBLER, *Internet und...*, cit., p. 122, ninguém duvida da legitimidade do empregador para controlar a actividade laboral do trabalhador. No mesmo sentido, chamando a atenção para este direito do trabalhador ANDREA RAFFLER e PETER HELICHE, "Unter welchen Voraussetzungen ist die Überwachung von Arbeitnehmer-e-mails zulässig?", in *NZA*, n.º 16, 1997, p. 862, assim como JEAN-EMMANUEL RAY, *Le droit du travail...*, cit., p. 83, entendendo que nada é mais legítimo que controlar e vigiar a actividade dos trabalhadores.

³¹ Como refere BELLAVISTA, "I poteri dell' imprenditore e la privacy del lavoratore", in *DL*, vol. 76, n.º 3, 2002, p. 149, a evolução tecnológica e as mudanças nas formas organizativas da empresa contribuíram para criar novos movimentos de tensão na relação entre o legítimo exercício do poder de controlo do empregador e os direitos do trabalhador subordinado.

³² Ver LARRY O. NATT GANTT, II, *op. cit.*, p. 345, e "Adressing the new hazards of the high technology workplace", in *Harvard L. Rev.*, vol. 104, 1991, p. 1898. Também FREDERICK S. LANE III, *op. cit.*, pp. 3-4, entende que, embora existam várias razões legítimas para o empregador controlar os trabalhadores, com a tecnologia torna-se possível recolher informação acerca dos trabalhadores que vai muito mais além do necessário para satisfazer as necessidades lícitas de controlo, associado ao facto de as novas tecnologias serem cada vez mais baratas, rápidas e pequenas, o que facilita o seu uso.

³³ Neste sentido ADALBERTO PERULLI, *Il potere direttivo dell' imprenditore*, Giuffré Editore, Milão, 1992, p. 281, entende que as novas tecnologias criam a necessidade de proteger os trabalhadores principalmente na sua dignidade e *riservatezza*.

³⁴ Como refere JEAN-EMMANUEL RAY, última *op. cit.*, p. 83, "controlar a actividade é correcto, mas toda a actividade?", sendo que as novas tecnologias aumentaram o nível de preocupação pela protecção da privacidade, assim como por outros direitos fundamentais, podendo originar uma "transparência total" dos trabalhadores, tal como adverte DÄUBLER, última *op. cit.*, p. 122. No mesmo sentido pode ver-se MAXIMILIEN AMEGEE, *Le contrat de travail à l'épreuve des NTIC: Le temps effectif du travail et le lien de subordination sont-ils remis en cause?*, in www.droit-technologie.org, p. 10, assim como ISABELLE DE BENALCÁZAR, *op. cit.*, p. 83.

A introdução da informática nas empresas não é um instrumento neutro, mas, ao invés, é complexo e capaz de redimensionar o poder de controlo e vigilância do empregador, incidindo directamente sobre o “sistema nervoso da organização e de toda a sociedade”³⁵, sistema onde o trabalho representa uma parte fundamental. Através da inserção das NTIC opera-se um novo equilíbrio entre os diferentes poderes do empregador, centrando-se estes poderes no controlo da actividade, sendo que o uso destas tecnologias se torna um “observatório privilegiado”³⁶ da evolução do seu exercício³⁷.

Esta introdução dos avanços tecnológicos visa incrementar a eficiência técnica da actividade laboral, estando a utilizar-se simultaneamente como uma nova forma de controlo e vigilância da força de trabalho com o objectivo de aumentar a produtividade empresarial³⁸.

2.4. Entende-se que um dos aspectos mais inquietantes da introdução da tecnologia informática está relacionado com as novas formas do exercício do poder de controlo do empregador, pois as novas tecnologias aumentam-no o de uma forma inusitada, sem precedentes³⁹. É verdade que este poder existiu desde sempre, mas perante a vigilância tradicional, limitada, a monitorização informática pressupõe um salto qualitativo⁴⁰ já que se está perante um “controlo

³⁵ GILDRE GENTILE, *op. cit.*, pp. 490 e 495.

³⁶ FABRICE FEVRIER, *Pouvoir de controle...*, cit., p. 13.

³⁷ Veja-se neste sentido ALARCÓN CARACUEL, “La informatización...”, cit., p. 14, observando que o uso das NTIC pode originar o aperfeiçoamento e a ampliação do exercício do poder de controlo do empregador.

³⁸ Embora não existam estudos que consigam provar uma relação directa entre o aumento de controlo e um aumento simultâneo de produtividade. Porém, a situação inversa já é verdadeira no sentido de que, conforme alerta DAUBLER, *Direito do...*, cit., p. 209, vários empregadores deixaram de efectuar um controlo tão intenso da actividade laboral dos trabalhadores ao notarem que um “controlo total” destes originava uma espécie de “demissão interior”, provocando efeitos contraproducentes. Com estas novas formas de controlo tão intrusivas muitos trabalhadores tenderão, tal como aponta o relatório do National Workrights Institute, *Privacy Under Siege: Electronic Monitoring in the Workplace*, p. 5, a preferir a quantidade à qualidade nas suas actividades, simplesmente porque a quantidade é mais fácil de mensurar electronicamente.

³⁹ Surgem cada vez mais novos instrumentos de vigilância que facilitam o controlo dos trabalhadores, associados sempre a um enorme decréscimo no custo e no tamanho. Vejam-se os inúmeros exemplos citados em ANDERS PERSSON e SVEN HANSSON, “Privacy at work – Ethical Criteria”, in *Journal of Business Ethics*, n.º 42, 2003, p. 60, assim como ANITA BERNSTEIN, *op. cit.*, p. 3. CARLO SARZANA, “Evoluzione tecnologica e diritti dell’individuo”, in *Dir. Inf.*, n.º 2, 1992, pp. 400-401, nota n.º 7. FREDERICK S. LANE III, *op. cit.*, pp. 127 e ss., GARY MARX, “The Case of the Omniscient Organization”, in *Harvard Bus. Rev.*, Março, Abril, 1990, pp. 12 e ss., JON BIBLE e DARIEN MCWHIRTER, *op. cit.*, p. 174, e PETER DANIELSON, “Ethics of Workplace Surveillance Games”, in *Electronic Monitoring...*, cit., p. 31. Ver, ainda, *Privacy and Human Rights...*, cit., pp. 86-87.

⁴⁰ Vários autores referem este enorme aumento do poder de controlo através da introdução das NTIC. Vejam-se, a título meramente exemplificativo, ALARCÓN CARACUEL, “La informatización...”, cit., p. 14, referindo que com estas tecnologias há como que a possibilidade de um “hiper-controlo” do empregador que pode entrar em colisão com numerosos direitos fundamentais dos trabalhadores, assim como LUZ PACHECO ZERGA, *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, pp. 222, que menciona que as novas tecnologias potenciaram a capacidade de controlo do empregador, mas não se pode deixar de atender que apesar de contar com maiores recursos de controlo, não pode originar o desaparecimento do espaço de privacidade que todos os trabalhadores têm direito no local de trabalho. Também ARION SAYÃO ROMITA, *op. cit.*, pp. 203-204, observa que estas novas tecnologias permitem ao empregador meios de exercer um minucioso e eficaz controlo de toda a actividade laboral do trabalhador e, inclusive, de actividades privadas, embora faça parte dos deveres do empregador respeitar a privacidade dos seus trabalhadores, assim como BUTERA, *op. cit.*, pp. 739-740, entendendo que a actividade de trabalho é cada vez mais composta por novas formas de controlo. No mesmo sentido aponta

GOÑI SEIN, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, in *RDS*, n.º 32, 2005, p. 79, para quem existe uma proporção directa entre o aumento do poder de controlo do empregador e a redução da esfera de liberdade e de dignidade dos trabalhadores, BURTON KAINEN e SHEL D. MEYERS, “Turning off the power on employees: using surreptitious tape-recordings and e-mail intrusions by employees in pursuit of employer rights”, in *Labor Law Journal*, n.º 4, 1997, pp. 199-200, assim como CONLON, “Privacy in the workplace”, in *Labor Law Journal*, vol. 48, n.º 8, 1997, p. 444. Também RICHARD ROSENBERG, “The Workplace on the Verge of the 21st Century”, in *Journal of Business Ethics*, n.º 22, 1999, p. 4, escreve que as inovações informáticas tornaram possível um controlo muito mais intenso. MONTOYA MELGAR, “El poder de dirección del empresario (en torno al artículo 20)”, in *REDT*, n.º 100, 2000, pp. 595-596, e “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, in *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, (coord. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, p. 134, nota também como as técnicas de controlo do empregador se tornam muito mais “refinadas” na medida em que assentam cada vez mais nas novas tecnologias, principalmente nas derivadas da microelectrónica, assim como M.ª BELÉN CARDONA RUBERT, *Informática y...*, cit., p. 39, e em “Relaciones laborales y tecnologías de la información y comunicación”, in *datospersonales.org*, n.º 9, 2004, p. 4, preconizando que ocorreu um enorme aumento do poder de controlo com a introdução destas novas tecnologias nas empresas. INMACULADA MARÍN ALONSO, “La facultad fiscalizadora...”, cit., pp. 104-105, e *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa – su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant monografías, Valencia, 2005, pp. 38-39, refere-se ao enorme aumento do poder de controlo, “reintroduzindo o princípio da autoridade no desenvolvimento das relações de trabalho” e dando lugar a que a tutela dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador adquiram renovada actualidade e se convertam, nos mais “dinâmicos e evolutivos” do Direito do trabalho. Também para THIBAUT ARANDA, “El derecho español”, in *Tecnología Informática...*, cit., p. 59, para quem provavelmente a mudança mais significativa que a introdução da informática provocou nas empresas foi o enorme aumento do poder de controlo do empregador, e GARCÍA NINET e VICENTE PACHÉS, “Prólogo”, in *El control...*, cit., p. 5, entende que com o aumento de poder de controlo ele torna-se muito mais detalhado, “exaustivo e implacável”. Perfila o mesmo entendimento TASCÓN LÓPEZ, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa – su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant monografías, Valencia, 2005, p. 132, escrevendo que as novas tecnologias estão a criar cada vez mais meios “sofisticados” capazes de intensificar de forma decisiva e, em muitos casos, para além do lícito, as possibilidades de controlo do empregador, assim como FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de Control de la Actividad Laboral*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 40-41, observando que as novas tecnologias aumentaram muito a capacidade de controlo do empregador, que pode chegar a afectar os redutos invioláveis de liberdade dos trabalhadores, sendo necessário respeitar o direito do trabalhador a um grau razoável de liberdade na hora de determinar as suas actuações, sem ser constantemente vigiado. Preconiza o mesmo WEIßGERBER, *op. cit.*, p. 102, para quem o aumento dos perigos de lesão aos direitos fundamentais aumenta muito com a introdução da utilização do computador. Também LAURA CASTELVETRI, “Le indagini motivazionali nelle strategie aziendali e nello statuto dei lavoratori”, in *Strategie di comunicazione e Statuto dei Lavoratori – I limiti del dialogo tra impresa e dipendenti*, (coord. ICHINO), Giuffrè Editore, Milão, 1992, pp. 131-132, chama a atenção para o mesmo, assim como JULIE FLANAGAN, “Restricting electronic monitoring in the private workplace”, in *Duke L. J.*, vol. 43, 1994, pp. 1256-1257. No mesmo sentido ANNA ZILLI, *op. cit.*, p. 1177, EULALIA POLICELLA, *op. cit.*, p. 935, FABRIZIA DOUGLAS SCOTTI, “Alcune osservazioni...”, cit., p. 232, chamando a atenção que com este enorme aumento do poder de controlo do empregador suscita-se um novo interesse pela temática do “controlo sobre o controlo”. Para ANNE UTECK, *op. cit.*, p. 7, o que até há poucos anos seria entendido como produto fértil da imaginação humana tornou-se possível graças às inovações tecnológicas, assim como HAZEL OLIVER, “E-mail and Internet...”, cit., p. 322, e MICHAEL FORD, “Two conceptions of worker privacy”, in *IJL*, vol. 31, n.º 2, 2002, p. 153. Também CHRISTOPHE VIGNEAU, “El Derecho Francés”, in *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, (coord. MARK JEFFERY, JAVIER THIBAUT ARANDA e ÁNGEL JURADO), Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 187, entende que as novas tecnologias permitem uma maior vigilância dos trabalhadores e um maior uso dos seus dados pessoais, o que pode originar na prática uma redução do direito à privacidade a “praticamente nada”. Pode ver-se ainda ZIRKLE e STAPLES, “Negotiating Workplace Surveillance” in *Electronic Monitoring in the Workplace: Controversies and Solutions*, (coord. JOHN WECKERT), Idea Group Publishing, EUA, 2005, p. 80, o aumento do uso do computador e das tecnologias de controlo associadas às NTIC no local de trabalho expõem o trabalhador a elevados níveis de controlo e vigilância durante toda a jornada de trabalho e inclusive na sua vida privada, estando os empregadores a criarem diversas formas *esquizofrénicas* de controlo.

à distância, frio, incisivo, sub-reptício e aparentemente infalível⁴¹, tornando possível um controlo total, ou quase total, de todos os movimentos da vida dos trabalhadores, o que origina que o trabalhador se torne *transparente* para os empregadores e deixe de se sentir livre^{42 43}. Na verdade, com a absorção das novas tecnologias, o poder de controlo do empregador sobre a prestação de trabalho e sobre o próprio trabalhador aumentou exponencialmente porque está muito mais presente na medida em que é da sua própria essência⁴⁴. A utilização de auto-comutadores telefónicos, de *badges* e do controlo do acesso dos trabalhadores a certos locais de trabalho, constituem um tipo de controlo que incide basicamente sobre a presença ou a localização física do indivíduo,

⁴¹ JAVIER THIBAUT ARANDA, última *op. cit.*, p. 59.

⁴² A mesma opinião é partilhada por BELLAVISTA, "Le prospettive della tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro", in *RGLPS*, I, 2003, p. 56. e *Il controllo...*, cit., p. 59, assim como DÄUBLER, "Nuove Tecnologie...", cit., p. 79. *Direito do trabalho...*, cit., pp. 209-210 e 217. *Derecho del...*, cit., pp. 635-636, e *Arbeitsrecht...*, cit., pp. 214-216, e MARIAPAOLA AIMO, "I «laboratori di vetro»: regole di trattamento e meccanismi di tutela dei dati personali", in *RGLPS*, n.º 1, 2002, pp. 50-51, referindo-se à onisciência deste poder do empregador que pode tornar o trabalhador num "trabalhador sob vigilância".

⁴³ Muitos autores tendem a associar ao local de trabalho a ideia da prisão panóptica de JEREMY BENTHAM que, já em 1791, tinha criado uma obra sobre uma prisão onde existia a ilusão de uma vigilância permanente, mesmo que não estivesse ninguém a controlar. As instalações prisionais consistiriam num edifício circular (ou poligonal), com celas em cada piso dispostas ao longo do círculo, tendo no centro uma estrutura de observação ocularcêntrica. Esta disposição visava garantir que os reclusos, localizados nas suas celas, pudessem ser vistos a todo o instante pelos guardas. Mas as condições desta vigilância são tais que os reclusos não se apercebiam se, e quando, estavam a ser observados. O panóptico seria, como observa DAVID LYON, *op. cit.*, p. 63, uma prisão modelo, uma "nova partida", um novo modelo de "disciplina social", sendo passível de ser transposta para o local de trabalho. Seria uma forma de controlar a partir da incerteza, de não ver o controlador que está oculto sendo que o mero receio de poder estar a ser controlado funcionava como fenómeno dissuasor. Este novo modelo de prisão seria um novo instrumento de poder, exercido através da "visão absoluta e da observação perfeita", conforme refere CARLOS CARDOSO, *op. cit.*, p. 18. Este poder de controlo panóptico representa uma nova forma de poder, o poder dos controladores sobre os controlados, exercido através da possibilidade de observar sem ser observado e de vigiar os comportamentos não-conformes, ou desviantes e de obter uma conformação antecipada, e auto-infligida nos comportamentos dos trabalhadores controlados. Mas não pode deixar de atender-se que se trata da ilusão de uma vigilância permanente, onde os controlados não estão realmente perante um controlo constante embora pensem que isso acontece. Como refere FOUCALT, *apud* MERCADER UGUINA, *op. cit.*, p. 100, a ideia de BENTHAM consistia numa "tecnologia política" que induz o sujeito a um "estado de consciência e visibilidade permanente que asseguram o funcionamento automático do poder". Esta ideia da empresa panóptica, onde o controlo e a vigilância fazem parte essencial da actividade de trabalho, quase que acompanhando o trabalhador, tem sido uma constante nos teóricos da organização da empresa, dando como exemplo FORD e TAYLOR. O primeiro tinha um departamento específico – departamento sociológico – para verificar, através do controlo por investigadores que visitavam os trabalhadores em casa, que não bebiam ou que não viviam em condições "imorais". O segundo descobriu através da sua gestão científica do trabalho um funcionamento operativo e quotidiano da organização empresarial através de uma maior capacidade de vigilância. Cf. CYNTHIA GUFFEY e JUDY WEST, "Employee privacy: legal implications for managers", in *Labor Law Journal*, vol. 47, n.º 11, 1996, p. 735, e MERCADER UGUINA, *op. cit.*, p. 100. *Vide*, ainda, sobre a aplicação da utopia de BENTHAM à nova realidade operada pelas novas tecnologias, e a título meramente exemplificativo, ANNE UTECK, *op. cit.*, pp.36 e ss., BRUNO VENEZIANI, "Nuove tecnologie...", cit., pp. 32-33, DANIEL IHNAT, *The eyes of capitalism: surveillance in the workplace – a Study of the Issue of Employee Privacy*, Universidade de Queen, Kingston, Ontario, 2000, in www.proquest.com, pp. 32-33, MARIE-NOËLLE MORNET, *La vidéosurveillance et la preuve*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004, p. 18, e PETER DANIELSON, *op. cit.*, pp. 22-24.

⁴⁴ Neste sentido ANTONMATTEI, "NTIC et vie personnelle au travail", in *DS*, n.º 1, 2002, p. 38. Como refere CHRISTOPHE VIGNEAU, "El control...", cit., pp. 25-26, este controlo quebra todos os limites e restrições espaço-temporais, provocando uma enorme interpenetração entre as esferas profissionais e pessoais.

ficando ainda na “periferia do processo de trabalho”⁴⁵. Porém, com o aparecimento das novas tecnologias de comunicação e, particularmente, com a introdução da *Internet* na empresa, operou-se como que uma “verdadeira migração das tecnologias de controlo da periferia até ao coração do processo de trabalho propriamente dito”⁴⁶. JEAN-EMMANUEL RAY⁴⁷, ao referir-se às novas tecnologias da informação e comunicação, defende que ao trabalho subordinado, modelo Taylor, de inícios do séc. XX, sucede um novo tipo de relações sociais suportadas numa base contraposta: a autonomia e “se o trabalho intelectual permite a realização de um velho sonho poderá, graças às novas tecnologias, transformar-se num pesadelo: a ubiquidade”, considerando ainda que uma das principais dificuldades das NTIC é o facto de serem “fundamentalmente ambivalentes: são uma fonte evidente de liberdade e autonomia mas podem inversamente reenviar o *Big Brother* para a idade da pedra, e fazer passar Taylor por um aprendiz” pois após o seu aparecimento é permitido um acumular de informações incomparável, tendo junto uma memória de um computador⁴⁸.

Com as NTIC entrou-se numa nova etapa na vigilância e controlo do homem-trabalhador, já que o computador permite actualmente um conhecimento do modo de pensar do trabalhador⁴⁹, permite conhecer a “caixa negra”⁵⁰ que é o pensamento dos trabalhadores, e efectuar conclusões de natureza preditiva, através do controlo das técnicas de trabalho mas igualmente pela atenção centrada nos seus interesses pessoais registados nas diversas conexões à *Internet*. O instrumento informático pode recriar um perfil do trabalhador, assim como a própria evolução deste. Pode defender-se, assim, que o controlo passou de uma vertente física para atender a um nível qualitativo inegável. Para o empregador torna-se fácil de apreender a maneira de pensar e de reagir dos seus trabalhadores, tornando-se difícil disfarçar uma parte da vida privada.

Nota-se, desta forma, como, com a introdução destas NTIC, há uma mudança no alcance do poder de controlo do empregador, renovando a clássica questão dos seus limites e ao espaço de liberdade dos trabalhadores⁵¹.

2.5. Existe uma outra característica das NTIC que aumenta, e muito, a possibilidade de controlo e que é o seu carácter ambivalente na medida em que estas tecnologias se empregam, simultaneamente, como instrumento para desempenhar a actividade produtiva e como mecanismo de controlo da prestação de trabalho executada pelo trabalhador. Opera-se, desta forma, uma

⁴⁵ Estes meios são denominados por MERLINI, *apud* M.^a BELÉN CARDONA RUBERT, *Informática y...*, cit., p. 57, como “passado artesanal”.

⁴⁶ HUBERT BOUCHET, *Rapport d'étude et de consultation publique – La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise*, in www.cnil.fr, p. 3.

⁴⁷ *Le droit du travail...*, cit., pp. 9 e 88.

⁴⁸ Também em “Avant-propos de la sub/ordination à la sub/organisation”, in *DS*, n.º 1, 2002, p. 7, o autor volta a chamar a atenção para esta ubiquidade das novas tecnologias, que permitem a existência de um “supervisor virtual”, muitas vezes com o desconhecimento dos trabalhadores, assim como para o facto das possibilidades de controlo serem hoje praticamente infinitas.

⁴⁹ HUBERT BOUCHET, “À l'épreuve des nouvelles technologies: le travail et le salarié”, in *DS*, n.º 1, 2002, p. 78.

⁵⁰ THIBAUT ARANDA, “La vigilancia del uso de internet en la empresa y la protección de datos personales”, in *RI*, n.ºs 5-6, 2009, p. 68.

⁵¹ Neste sentido ver CHRISTOPHE VIGNEAU, última *op. cit.*, p. 26.

perfeita concentração numa mesma máquina da actividade produtiva e de controlo⁵², de tal forma que enquanto o computador é utilizado para fins produtivos pelo trabalhador, está ao mesmo tempo a proporcionar uma enorme quantidade de dados aos empregadores, contribuindo para aumentar a esfera de exercício do seu poder, e originando também uma participação directa do trabalhador na actividade de controlo⁵³. O trabalhador torna-se, simultaneamente, sujeito activo e passivo de uma máquina de tal forma que é possível realizar um controlo bidireccional⁵⁴.

O uso do computador produz uma enorme dilatação no plano quantitativo mas também no plano qualitativo do poder de controlo do empregador, já que permite a obtenção por parte deste de elementos de conhecimento sobre a organização produtiva e sobre a actividade desenvolvida por cada um dos trabalhadores, marcando um “notável salto”⁵⁵ de qualidade na capacidade de controlo do empregador.

Associando-se a tudo isto a imperceptibilidade desta forma de controlo nota-se como a capacidade de controlo parece não ter limites. Anteriormente à introdução da informática, a vigilância laboral implicava sempre uma certa intromissão física: um superior hierárquico ou, ainda, revistas aos trabalhadores e aos seus bens. Por outro lado, para interceptar as comunicações dos trabalhadores era também necessária a sua realização física e, por vezes, tornava-se fácil detectar quando um correio tinha sido aberto. Actualmente, porém, com o auxílio das novas tecnologias informáticas, os empregadores podem aceder a todos os dados armazenados num computador ou num sistema distribuído em rede sem que os trabalhadores estejam conscientes disso e “quando o trabalhador se senta em frente ao computador e observa o monitor, este, por seu lado, pode estar a observar o trabalhador”⁵⁶. Os empregadores podem, inclusive, se o sistema estiver em rede, ordenar que se reproduza no seu computador uma cópia exacta dos conteúdos que um determinado trabalhador está a visualizar e seguir todos os movimentos por ele realizados sem que este note ou saiba do facto, o que dificulta bastante a protecção dos seus direitos e a sua própria defesa.

Desta forma, as NTIC têm uma capacidade inquisitória que parece não ter limites e que afecta o próprio contrato de trabalho, chamando a atenção

⁵² Como refere PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA, *Nuevas tecnologías...*, cit., p. 73, “são os mesmos instrumentos que o trabalhador utiliza para realizar a prestação laboral que a controlam. Em muitos casos, o controlo deixou de ser uma actividade alheia e anexa à prestação de trabalho para tornar-se um elemento integrante da própria prestação”. No mesmo sentido GILDRE GENTILE, *op. cit.*, pp. 491-492, referindo-se ao “diálogo interactivo” entre o homem e a máquina, tornando coexistencial e contemporâneo ao desenvolvimento da actividade laboral o controlo do trabalhador.

⁵³ Neste sentido MARTÍNEZ FONS, “Uso y control de las...”, cit., pp. 1315-1316, e *Nuevas tecnologías...*, cit., p. 25.

⁵⁴ Neste sentido FABRIZIA SANTINI, “La corrispondenza elettronica aziendale tra diritto alla riservatezza e potere di controllo del datore di lavoro”, in *ADL*, n.º 3, 2007, p. 759, referindo-se à perfeita concentração da actividade de produção com a de controlo tornando-se o computador por tal motivo mais do que um instrumento de trabalho, num “instrumento de controlo”, estando o sistema de controlo incorporado na máquina através de um controlo à distância, em tempo real ou histórico.

⁵⁵ GIORGIO GHEZZI e FRANCESCO LISO, *op. cit.*, p. 379.

⁵⁶ MATTHEW W. FINKIN, “El Derecho de los EE UU”, in *Tecnología Informática...*, cit., p. 300. Cf., ainda, FABRICE FEVRIER, *Pouvoir de contrôle...*, cit., p. 11. Ver, ainda, as estatísticas referidas por SONNY ARISS, “Computer monitoring: benefits and pitfalls facing management”, in *Information and Management*, n.º 39, 2002, p. 554.

para um verdadeiro “risco de corrupção”⁵⁷ deste que origina uma profunda mudança no próprio poder de controlo porque grande parte do seu exercício, dado o carácter ambivalente destas novas tecnologias, será feito à distância através do computador, passando este poder de elemento eventual da actividade para uma parte própria da actividade laboral. Há, assim, uma extensão do poder de controlo tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, assim como uma descentralização da subordinação e uma dificuldade em distinguir entre a estrutura de controlo, o seu objecto e a sua finalidade, na medida em que todas estas vertentes parecem estar integradas numa mesma função e momento temporal com a própria actividade laboral do trabalhador⁵⁸. Há, assim, um enorme aumento do poder de controlo do empregador sem que exista, simultaneamente, uma articulação de formas de contrapeso a esse poder⁵⁹.

2.6. Através das NTIC há um esbatimento das fronteiras espaço-temporais, alterando-se profundamente a relação de proximidade que existia entre empregador e trabalhador e que havia caracterizado o poder de controlo no passado. As novas tecnologias permitem que se transcenda a própria noção de tempo, bastando lembrar a enorme capacidade de armazenamento dos computadores e a possibilidade de deixar sempre rasto e de ser invisível^{60 61}, o que origina que os computadores possam constituir uma grande ajuda para os empregadores ao permitir-lhes carrear elementos de prova para eventuais litígios. Os computadores como que se tornaram “nos novos supervisores” dos trabalhadores⁶².

Por outro lado, é cada vez mais visível uma menor separação entre as fronteiras da vida pessoal e da profissional na medida em que os trabalhadores poderão usufruir, através destas tecnologias, de tempo pessoal, inclusive de carácter muito privado, durante o trabalho. Porém, elas poderão, simultaneamente, invadir o domicílio e a vida privada do trabalhador e, assim, “as horas de trabalho oficiais não significam nada quando o trabalho pode levar-se para casa e continuar aí a ser realizado, sem qualquer limite temporal”⁶³. Como esclarece ALAIN SUPIOT⁶⁴, as novas tecnologias estão a

⁵⁷ MARTÍNEZ FONS, *El poder de control...*, cit., pp. 32-33.

⁵⁸ MARTÍNEZ FONS, “Uso y control...”, cit., p. 1316.

⁵⁹ Veja-se, a mesma opinião, em FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ e SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *op. cit.*, p. 107.

⁶⁰ E o trabalhador não deve ter ilusões quanto à possibilidade de não deixar rastros já que uma outra característica destas NTIC é que deixam sempre pistas, podendo facilmente um especialista nesta área conhecer tudo o que um trabalhador fez. Veja-se neste sentido DÄUBLER, *Internet und...*, cit., p. 120, assim como ARMIN HOELAND, “A comparative study...”, cit., p. 162, FABRICE FEVRIER, *Pouvoir de controle...*, cit., p. 11, e TASCÓN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 133.

⁶¹ Tal como referem JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET, “Vie professionnelle, vie personnelle et TIC”, in *DS*, n.º 1, 2010, p. 47, qualquer “bom pai de família” deste século sabe que informações verdadeiramente confidenciais não devem circular nos circuitos informáticos do empregador, na medida em que podem ser lidas sem deixar qualquer vestígio.

⁶² Vd. CHRISTOPHE VIGNEAU, “El Derecho...”, cit., pp. 187-188.

⁶³ Como entende ALAIN SUPIOT, “Travail, droit et technique”, in *DS*, n.º 1, 2002, p. 21, os “fantasmas da ubiquidade” começam a aparecer, já que se pretende ter um ser humano disponível em todo o local e a toda a hora para trabalhar. No mesmo sentido cf. ARMIN HOELAND, “A comparative study...”, cit., pp. 162-163.

⁶⁴ “Les nouveaux visages de la subordination”, in *DS*, n.º 2, 2000, p. 132. No mesmo sentido veja-se MYRIAM DELAWARI e CHRISTOPHE LANDAT, *Les enjeux de la relation salariale au regard du développement du réseau Internet*, in www.ntic.fr, pp. 43 e ss..

“criar novas formas de subordinação”⁶⁵, defendendo-se que o trabalhador tem um *direito à desconexão*⁶⁶, entendido como o direito à vida privada do século XXI. O trabalhador tem direito a não ser incomodado permanentemente na sua vida privada e no seu tempo privado, criando-se um direito ao “isolamento”, à *desconexão*, a um repouso “efectivo”⁶⁷. Trata-se de uma desconexão técnica que, segundo JEAN-EMMANUEL RAY⁶⁸ é favorável para a empresa pois os trabalhadores que não têm um tempo livre não se tornam mais produtivos, nem mais *fiéis* à empresa.

Assim, em relação à distinção entre vida privada e vida profissional a fronteira ficou muito mais esbatida⁶⁹, já que, como se refere no Relatório da CNIL⁷⁰, “o fenómeno da convergência não permite mais distinguir claramente o que releva da vida profissional e o que releva da intimidade da vida privada: o disco duro do computador é igualmente usado num domínio como noutro; a mensagem electrónica enviada ou recebida é feita através das mesmas condições técnicas, quer seja de ordem profissional ou pessoal, e a consulta de *sites* da *Internet* opera-se do mesmo modo qualquer que seja a natureza do *site* ou o motivo da sua conexão”. Pode ocorrer, desta forma, uma evasão no local e tempo de trabalho. O trabalhador navega na *internet* acedendo a redes sociais, *inter alia*, para encontrar velhos conhecidos e amigos ou para discutir assuntos em determinados *chats* ou *newsgroups*. Todavia, um outro lado da questão, e que nos parece que está a aumentar exponencialmente, está relacionado com a enorme invasão da vida privada e familiar pelo trabalho. Durante o seu tempo de descanso, diário, semanal, em férias ou feriados, os trabalhadores são constantemente *perturbados* com questões profissionais⁷¹.

Também para VICENTE PACHÉS⁷², as novas formas de organização do trabalho permitem uma maior flexibilidade e autonomia dos trabalhadores, o que originou maior esbatimento das fronteiras entre a vida profissional e a vida privada, assim como aumento do poder de controlo do empregador. Como refere, “a tendência actual é exigir uma implicação cada vez maior dos

⁶⁵ Ver, também, CRISTOPHE RADÉ, *op. cit.*, p. 26, referindo que estas novas formas de subordinação são acompanhadas de novos riscos, de novas formas de insegurança no emprego e de novas ameaças para os direitos dos trabalhadores. Cf., ainda, OLIVIER PUOJAR, “Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo”, in *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, (coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ), La Ley, Madrid, 2005, p. 141, referindo que existem com as inovações tecnológicas “novos hábitos de subordinação”.

⁶⁶ Veja-se neste sentido JEAN-EMMANUEL RAY, “Avant-propos...”, *cit.*, pp. 6-7.

⁶⁷ Este direito ao descanso é fundamental bastando referir, a título de exemplo, os suicídios de trabalhadores ocorridos em França onde o serviço de mensagens instantâneas funcionava vertical e horizontalmente todos os dias, noites e fins-de-semana. Como refere FRANÇOIS LECOMBE, *apud* JEAN-EMMANUEL RAY, “Actualités des...”, *cit.*, p. 277, nota n.º 43, “a mensagem instantânea pode perturbar o trabalho e ser fonte de enorme aumento do *stress* dos trabalhadores, ao exercer uma pressão enorme se o pedido é evidentemente urgente ou percebido como tal pelo trabalhador”.

⁶⁸ “Avant-propos de la sub/ordination à la sub/organisation”, in *DS*, n.º 1, 2002, p. 7.

⁶⁹ Como referem JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET, *op. cit.*, p. 44, durante muito tempo os trabalhadores podiam trabalhar intelectualmente em qualquer local “graças aos seus neurónios” mas não tinham associado uma memória de computador, praticamente ilimitada. Actualmente isso não acontece e a linha divisória entre vida privada e vida profissional quase desapareceu.

⁷⁰ *La Cybersurveillance sur les Lieux de Travail*, in www.cnil.fr. Ver, ainda, ÉVELYNE COLLOMP, “La vie personnelle au travail. Dernières évolutions jurisprudentielles”, in *DS*, n.º 1, 2010, p. 43.

⁷¹ Secundando JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET, *op. cit.*, p. 45, a cortesia mínima do milénio passado de não telefonar depois das 20.00 horas parece ter desaparecido com o advento destas novas tecnologias e com o declínio dos telefones fixos.

⁷² “Las facultades empresariales...”, *cit.*, p. 19.

trabalhadores na vida da empresa; e que os trabalhadores estejam cada vez mais disponíveis mesmo fora do horário de trabalho, o que origina uma maior dificuldade na altura de delinear a diferença entre a jornada laboral e a vida privada e familiar do trabalhador”. Este autor defende, ainda, que as novas tecnologias transformaram os instrumentos de trabalho em manifestação e desenvolvimento da personalidade do trabalhador, tornando cada vez mais visível a existência de uma vida privada e social dentro do âmbito das relações laborais. No mesmo sentido, ISABELLE DE BENALCÁZAR⁷³ considera que as novas tecnologias, graças à facilidade e à rapidez das comunicações, permitiram que as pessoas estejam permanentemente acessíveis, o que causou um grande impacto ao nível das relações de trabalho, nomeadamente quanto aos tempos de trabalho, na medida em que a fronteira entre o tempo consagrado ao trabalho e o tempo reservado para outras actividades tende a desaparecer, passando os trabalhadores a uma situação de quase disponibilidade permanente⁷⁴.

Trata-se, como preconiza JEAN-EMMANUEL RAY⁷⁵, de “uma guerra de tempos”. As quarenta horas oficiais⁷⁶ não têm qualquer significado quando o trabalhador não tem direito ao descanso legalmente previsto por ter de estar constantemente *on line* e por não poder *desconectar-se* e usufruir do necessário restabelecimento do equilíbrio físico e psicológico. Se até há algum tempo atrás poder-se-ia defender que estes trabalhadores, *Net-Addicts*, também usufruíam de um tempo pessoal no local de trabalho, podendo ocorrer um certo equilíbrio entre vida pessoal no escritório e vida profissional em casa, hoje em dia isso já não é defensável nos mesmos termos⁷⁷. Actualmente, a vida profissional absorveu grande parte da vida pessoal e, secundando JEAN-EMMANUEL RAY⁷⁸, a subordinação jurídica, um dos elementos da existência de um contrato de trabalho, segundo o art. 11.º do CT, tornou-se, na verdade, um critério permanente da vida do trabalhador.

A grande questão neste tipo de situações é a de que, na maior parte dos casos, não há uma ordem expressa do empregador neste sentido. Há, sim, uma interiorização desta ideia pelos trabalhadores e uma gestão realizada por objectivos de tal forma que, após algum tempo, são os próprios trabalhadores a não conseguirem separar a vida profissional da vida privada e a levar, *voluntariamente*⁷⁹, trabalho para casa. Surge, assim, uma espécie de “servidão voluntária”⁸⁰ dos trabalhadores onde a contabilização dos seus tempos de trabalho não passa de uma mistificação. Contudo, não podem esquecer-se

⁷³ *Op. cit.*, p. 17.

⁷⁴ Também no *Documento de trabalho sobre a vigilância das comunicações electrónicas no local de trabalho*, do Grupo de Protecção de Dados do art. 29.º, p. 6, se alude a este facto ao referir-se que “as condições de trabalho evoluíram de tal forma que, hoje em dia, se torna mais difícil separar claramente o tempo de trabalho da vida privada. Em particular, à medida que se está a desenvolver o “escritório em casa”, muitos trabalhadores continuam aí o seu trabalho, usando as infra-estruturas informáticas fornecidas pelo empregador, para esse fim ou não”.

⁷⁵ “La guerre des temps: le NET? Never Enough Time”, in *DS*, n.º 1, 2006, p. 3.

⁷⁶ Sujeitas a alguma flexibilidade legalmente prevista.

⁷⁷ Utilizando a expressão de JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET, *op. cit.*, p. 46, há uma “*overdose*” de trabalho, uma “*toxicomania numérica*”, que invadiu totalmente a vida privada do trabalhador e que não só o afecta como toda a sua família.

⁷⁸ “D’un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail”, in *DS*, n.º 1, 2010, p. 11.

⁷⁹ Vontade quase imposta, ainda que indirectamente, na medida em que há objectivos a atingir.

⁸⁰ JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET, *op. cit.*, p. 46.

todas as regras legais impostas, quer comunitárias⁸¹, quer nacionais, relativamente ao respeito do descanso dos trabalhadores, regras estas que visam uma melhor protecção da segurança e saúde do trabalhador. Não nos parece possível nesta matéria um retrocesso e qualquer acordo que derroque o mínimo estabelecido nas regras comunitárias que visam a defesa destes princípios essenciais e tão caros ao Direito do trabalho será ilegal⁸².

2.7. As novas possibilidades de controlo relacionadas com as novas tecnologias parecem conduzir a uma transformação das modalidades de exercício do poder de controlo do empregador pois, seguindo o entendimento de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL⁸³, numa organização de trabalho onde dominam as NTIC, a coordenação espaço-temporal dá lugar à coordenação telemática e informática como modalidade de exercício do poder de controlo do empregador, tornando-se o controlo à distância através do computador a prática usual da maior parte das empresas^{84 85}.

Perscruta-se, desta forma, um novo tipo de controlo, o controlo electrónico do trabalhador, controlo este *des-verticalizado*, objectivo, incorporado na máquina e sistema com o qual interage, tornando-se um controlo à distância, em tempo real, com uma enorme capacidade de armazenamento, capaz de memorizar, cruzar e reelaborar detalhadamente muitos dos comportamentos dos trabalhadores⁸⁶.

Considera-se, assim, que as características das novas tecnologias aplicadas à relação laboral estão a permitir a substituição de um controlo periférico, descontínuo e parcial, realizado pela hierarquia humana, por um controlo centralizado e objectivo, incorporado na máquina, que se verifica em tempo real, originando o aparecimento de um novo e sofisticado tipo de controlo que consiste na reconstrução do perfil do trabalhador, através do

⁸¹ E defendidas em várias decisões do TJCE. Vejam-se, a título de exemplo, os acórdãos, *Jaeger*, de 9 de Setembro de 2003, e *Dellas*, de 1 de Dezembro de 2005.

⁸² É interessante referir um acórdão da *Cour de Cassation*, de 1 de Julho de 2009, referida por JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET, *op. cit.*, p. 55, onde o Tribunal entendeu que não era possível uma cláusula do contrato de trabalho de um educador especializado que o obrigava, fora das horas de trabalho, a estar permanentemente disponível através do seu telefone celular profissional. A *Cour de Cassation* entendeu que se tratava de uma *astreinte*, no seguimento de uma outra decisão, já premonitória, de 10 de Julho de 2002, talvez a primeira que se debruça sobre o *droit à desconexion* dos trabalhadores, em que se decidiu que “salvo situações excepcionais, o tempo de repouso supõe que o trabalhador esteja totalmente dispensado, directa ou indirectamente, de realizar uma prestação de trabalho, mesmo que esta seja eventual ou ocasional”. Consideramos que este tem de ser o caminho a seguir sob pena de existir uma subordinação permanente.

⁸³ *Nuevas tecnologías...*, *cit.*, p. 74.

⁸⁴ Para LAËTITIA BUSNEL, *Les nouveaux moyens de surveillance de la productivité du salarié*, Universidade Panthéon-Assas Paris II, 2004, pp. 6-7, há uma passagem de uma vigilância de produtividade quantitativa, para uma vigilância de produtividade qualitativa.

⁸⁵ Tal como aponta PISANI, “I controlli a distanza sui lavoratori”, in *GDRL*, n.º 33, I, 1987, pp. 132-133, grande parte das funções de controlo serão realizadas à distância, e as coordenadas espaço-temporais serão substituídas pelas coordenadas informáticas e telemáticas, prescindindo da continuidade espaço-temporal. Também o próprio poder de controlo sobre a execução da prestação laboral tende a transformar-se, de uma modalidade organizativa meramente eventual, numa componente essencial do objecto próprio desta actividade.

⁸⁶ Neste sentido CARINCI, “Rivoluzione tecnologica...”, *cit.*, pp. 222-223, assim como GIOVANNI ROSSELLI, *op. cit.*, p. 454.

armazenamento e reelaboração de uma série de dados aparentemente inócuos⁸⁷.

No controlo realizado através de meios informáticos, diferentemente dos meios tradicionais, pode não existir uma simultaneidade entre a actividade de controlo e o resultado que se obtém, querendo com isto dizer-se que, embora o controlo seja directo sobre a actividade ou comportamento do trabalhador, não pode defender-se que permita um conhecimento directo e imediato do mesmo. O controlo realiza-se através da recolha sistemática e exaustiva de dados do comportamento dos trabalhadores que, devidamente recolhidos, armazenados, tratados e reelaborados, permitem uma projecção deste comportamento e a criação de perfis de trabalhadores. Esta nova forma de controlo origina uma alteração da estrutura do poder de controlo, incidindo esta, fundamentalmente, na possibilidade de recolher dados, que podem ser tratados e reelaborados para fins distintos. Assim, o controlo não se baseia somente na eventual possibilidade de recolher informação sobre o trabalhador mas também na virtualidade de tal informação ser devidamente tratada até obter resultados adequados ao fim do controlo⁸⁸.

As novas formas de controlo tornaram-se também automáticas, não estando os supervisores limitados pelo que podem ver mas pela quantidade de dados e de aspectos que conseguem recolher através do controlo exercido pelas máquinas. O controlo torna toda a realidade transparente, provocando a visibilidade do que até aí era ignorado ou invisível. O “olho electrónico”⁸⁹ torna-se onnipresente e mecânico, conduzindo a sensações de controlo total que podem alterar os sentimentos dos trabalhadores e provocar o seu medo pelo facto de não estar confinado espacialmente ao local de trabalho, podendo estender-se para outros locais, inclusive sítios muito íntimos, e por não ter barreiras temporais.

2.8. Por tudo o que se acaba de referir pode constatar-se o grande paradoxo que consiste no facto de as novas tecnologias favorecerem a maior autonomia dos trabalhadores mas, ao mesmo tempo, ampliarem a dependência perante o empregador. Assim, embora estes meios tragam inúmeras vantagens para a relação de trabalho, há que ter algumas cautelas na sua aplicação pois poderão conduzir, se não forem devidamente aplicadas e reguladas, ao parcial desaparecimento de alguns direitos fundamentais no âmbito da empresa, como o da privacidade, liberdade e dignidade dos trabalhadores⁹⁰. A vigilância “impessoal, sub-reptícia”⁹¹ e constante, que os novos meios de controlo proporcionam, converte-se num “substituto perfeito”⁹² dos tradicionais meios de controlo, directos e pessoais, contribuindo para um aumento da dimensão *desumana* do poder de controlo⁹³ e que pode originar o

⁸⁷ Neste sentido veja-se PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, última *op. cit.*, p. 72, e M.^a TERESA SALIMBENI, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁸⁸ Neste sentido MARTÍNEZ FONS, “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, in *Relaciones Laborales...*, cit., p. 200.

⁸⁹ Alusão à obra de DAVID LYON, *op. cit.*.

⁹⁰ Neste sentido INMACULADA MARÍN ALONSO, *El poder de control...*, cit., pp. 52-53.

⁹¹ GOÑI SEIN, *El respeto a la...*, cit., p. 140.

⁹² INMACULADA MARÍN ALONSO, última *op. cit.*, p. 54.

⁹³ Neste sentido veja-se SYLVAIN LEFÈVRE, *Nouvelles Technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1998, p. 28, referindo-se a esta dimensão *desumana* do poder de controlo.

quase total desaparecimento da privacidade dos trabalhadores. O enorme aumento do poder de controlo pode levar ao adormecimento e, mesmo, ao esquecimento de que a liberdade pessoal dos trabalhadores e os seus direitos fundamentais são limites infranqueáveis a este poder do empregador. Esta dimensão *desumana* do poder ao permitir um controlo potencialmente vexatório, contínuo e total, pode, inclusivamente, comportar riscos para a saúde dos trabalhadores, tanto físicos, como psíquicos, nomeadamente por saber ou sentir-se constantemente vigiado, o que pode provocar, *inter alia*, uma grande pressão psicológica que poderá conduzir a casos de assédio moral⁹⁴ e doenças como depressões e *stress*⁹⁵.

Desta forma, se as NTIC facilitam, incontestavelmente o trabalho humano, são, simultaneamente, uma fonte de aumento de riscos para a saúde no trabalho, principalmente pela intensificação deste. Pode dizer-se, assim, que com este tipo de controlo electrónico há uma omnipresença dos riscos psicológicos e sociais e aparecimento de doenças deste foro.

O enorme aumento das formas de controlo e as possíveis consequências psicológicas que lhe estão associadas levam que se esteja a colocar em causa o primeiro direito histórico dos trabalhadores e que foi o respeito pela sua integridade e a sua saúde, anteriormente física, hoje mental⁹⁶.

⁹⁴ IMACULADA MARÍN ALONSO, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁹⁵ A introdução das novas tecnologias também se repercute na saúde dos trabalhadores, quer positivamente, tornando mais seguras certas actividades, como negativamente. Veja-se o caso do trabalho em vídeo-terminais, ou doenças associadas a um controlo total, humilhante, vexatório, que afecta a moral e a satisfação dos trabalhadores, originando depressões, fadiga, ansiedade, e síndrome de *burn out*, que pode originar situações de assédio moral. Sobre o problemas das novas doenças surgidas com as NTIC veja-se LOIC LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, Paris, 2005, pp. 162 e ss., referindo-se, detalhadamente às inúmeras novas doenças que surgem e aos problemas psicológicos associados às novas tecnologias. Cf., ainda, a título meramente exemplificativo, ALARCÓN CARACUEL, "La informatización...", *cit.*, p. 14, CHRISTOPHER FAZEKAS, "1984 is still fiction: electronic monitoring in the workplace and US privacy law", in *Duke Law & Technology Review*, n.º 15, 2004, p. 14, DANIEL SOLOVE, "A taxonomy of privacy", in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, n.º 3, 2006, pp. 493-495, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades Empresariales...*, *cit.*, p. 87, FLÁVIO MATTIUZZO, "Il diritto alla felicità sul posto de lavoro", in *LNG*, n.º 8, 2003, p. 731, a propósito de situações de *stress*, FREDERICK S. LANE III, *op. cit.*, p. 129, HIRUMA RAMOS LUJÁN "La intimidación de los trabajadores y las nuevas tecnologías", in *RL*, n.º 17, 2003, p. 44, JOE MEIER, "E-Thrombose: Gefahr am PC-Arbeitsplatz", in *CF*, n.º 3, 2003, pp. 10 e ss., M.ª JOSÉ ROMERO RODENAS, *Protección frente al acoso en el trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 15 e ss., MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pp. 133 e ss., e WILLIAM BROWN, "Ontological Security, Existential Anxiety and Workplace Privacy", in *Journal of Business Ethics*, n.º 23, 2000, pp. 61 e ss.. Também há estudos que referem impactos consideráveis, tanto a nível físico como psicológico, por utilização de sistemas de controlo electrónico extremamente intrusivos da privacidade dos trabalhadores. Segundo estes estudos, os trabalhadores estabelecem relações de trabalho mais "agitadas" e apresentam níveis de satisfação inferiores, sobretudo quando sujeitos a um controlo electrónico de forma permanente, sendo que o maior impacto destes sistemas de controlo incide nos níveis de *stress* e de ansiedade, reportando os trabalhadores sujeitos a este tipo de controlo, com maior frequência do que os outros, dores de cabeça, dores musculares, depressão, perturbações no sono, fadiga e angústia, sintomas que se agravam se o sistema de controlo for feito ocultamente. Neste caso, esta forma de controlo e vigilância, gera ainda medos, ansiedades e desconfianças que afectam o clima de confiança e a moral dos trabalhadores, reduzindo o seu empenho e envolvimento. Também a utilização de sistemas de controlo do tempo dispendido nas deslocações às casas-de-banho, apresentam apreciáveis impactos sobre o bem-estar físico e psicológico, contribuindo para criar um ambiente de trabalho caracterizado por "intrusão, *stress* e medo". Veja-se, neste sentido, MISHRA e CRAMPTON, *op. cit.*, pp. 10-11, e WOOD, "Omniscient organizations and bodily observations: electronic surveillance in the workplace", in *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 18, n.ºs 5/6, 1998, pp. 150 e ss..

⁹⁶ JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET, *op. cit.*, p. 45.

Parece-nos que, nesta matéria, se deveria reflectir na frase do filósofo alemão H. JONAS⁹⁷, que defende que “nem tudo o que é tecnicamente possível é forçosamente sustentável”. No mundo do Direito, poderíamos sustentar que nem tudo o que é tecnicamente possível é juridicamente admissível. Assim, os direitos à privacidade e à dignidade dos trabalhadores nunca podem ceder perante argumentos de maior produtividade ou maior eficácia. Com estas novas formas de controlo do empregador pode surgir uma nova forma de *taylorização*, agora de carácter informático⁹⁸. Permitir que o empregador aceda ao conteúdo de todos os *e-mails*, aos *sites* visitados pelos trabalhadores, assim como a todos os seus gestos e conversas, cria cada vez mais um local de trabalho mecanizado, onde o trabalhador é visto como qualquer outro instrumento de trabalho, não muito diferente do computador que usa. E se é inquestionável que as empresas devem ser eficientes, dinâmicas e actualizadas, não é menos certo que esses objectivos não podem ser conseguidos à custa da dignidade dos trabalhadores.

3. Conclusões

Com as NTIC o problema do poder de controlo do empregador conheceu uma nova realidade e uma nova actualidade, dado que a introdução da informática nas empresas não é um instrumento neutro.

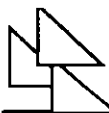
Defende-se a existência de um novo tipo de controlo, agora de natureza electrónica, controlo *des-verticalizado*, objectivo, incorporado na máquina e no sistema com o qual interage, tornando-se um controlo à distância, em tempo real, com uma enorme capacidade de armazenamento, capaz de memorizar, cruzar e reelaborar detalhadamente todos os comportamentos dos trabalhadores. O controlo periférico, descontínuo e parcial, realizado pelo homem, está a ser substituído por um controlo centralizado, objectivo, incorporado na máquina, que se verifica em tempo real, originando o surgimento de um novo tipo de controlo que consiste na reconstrução do perfil do trabalhador.

Entende-se, ainda, que os direitos à privacidade e à dignidade dos trabalhadores nunca podem ceder perante argumentos de maior produtividade ou eficácia, devendo o seu respeito ser entendido como critério hermenêutico indispensável para identificar o correcto exercício do poder de controlo electrónico do empregador.

Portugal, Julho de 2010

⁹⁷ Citado por JEAN-EMMANUEL RAY, “Avant-propos...”, cit., p. 9.

⁹⁸ Para PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías...*, cit., p. 35, pode surgir agora um *taylorismo* de novo tipo, que pode tornar o controlo do empregador em “omnipotente, anónimo e invisível”, tal como referem BELLAVISTA, *El controllo...*, cit., p. 67, e FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ e SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *op. cit.*, p. 93.



**XIV CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO E INFORMÁTICA**

25 AL 30 DE OCTUBRE DEL 2010, MONTERREY, N.L., MÉXICO.

**“Responsabilidades Civiles derivadas de Internet.
Los Motores de Búsqueda y las Redes Sociales”**

Horacio Fernández Delpech

www.hfernandezdelpech.com.ar

CONTENIDOS EN INTERNET

Principio
Básico

LIBERTAD

El art. 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa.

El Decreto 1279/97 establece que el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional de la libertad de expresión.

La Ley 26032/2005 establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

LA AFECTACION DE LA INTIMIDAD Y DE LA PRIVACIDAD
VIOLACIONES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL
LAS CALUMNIAS E INJURIAS
LA INCITACION A COMETER DELITOS
ACTOS DISCRIMINATORIOS

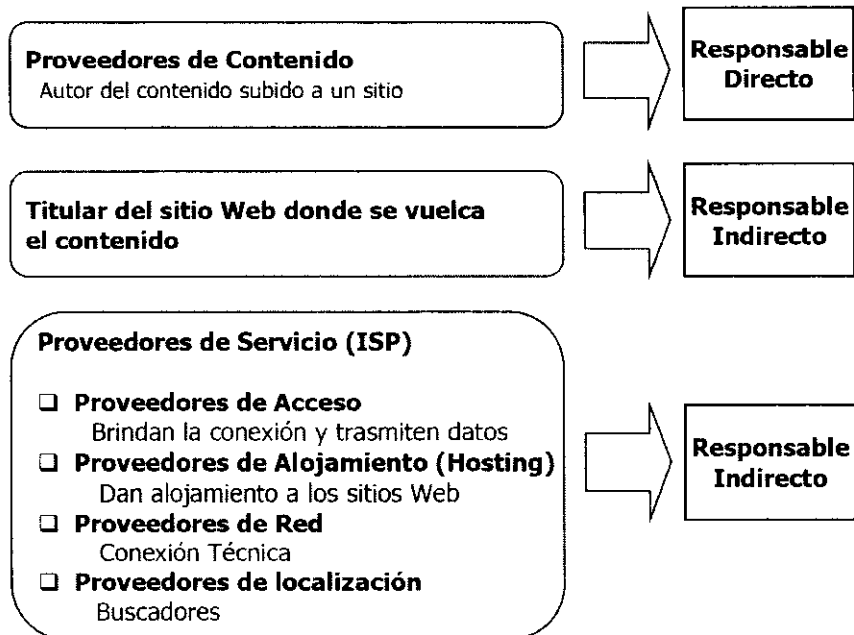
¿ Censura Previa o

test del “peligro claro y actual”,

o

Responsabilidad Ulterior ?

¿ Responsabilidad Objetiva - art. 1113-2°
o Responsabilidad Subjetiva – art.1109 ?



En nuestro derecho existen dos tipos de responsabilidad:

La responsabilidad contractual: deriva del incumplimiento de un contrato;

La responsabilidad extracontractual : se origina por haber producido un daño a otro sin que exista un nexo contractual.

Requisitos de la **responsabilidad extracontractual**

- ☐ La existencia de un daño
- ☐ Debe haber una relación de causalidad entre el daño y el hecho que dió lugar al mismo
- ☐ El hecho debe ser ilícito o antijurídico
- ☐ Debe existir un factor de imputabilidad de la responsabilidad
 - responsabilidad subjetiva (dolo o culpa)
 - responsabilidad objetiva



RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Regulada en la legislación Argentina por los arts. 512 y 1109 del Código Civil que fundamentalmente establecen que:

“La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”,

y que

“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”



RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Fundamentalmente regulada en la legislación Argentina por el art. 1113 del Código Civil:

*“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; **pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.** Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.*



RESPONSABILIDAD DE LOS ISP

¿¿ Cual es la naturaleza juridica de los ISP ??

Son Editores



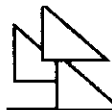
responsabilidad objetiva

ó

Son Distribuidores



responsabilidad subjetiva

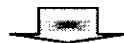


RESPONSABILIDAD DE LOS ISP POR

**DOCTRINA Y LEGISLACIÓN
PREDOMINANTE**



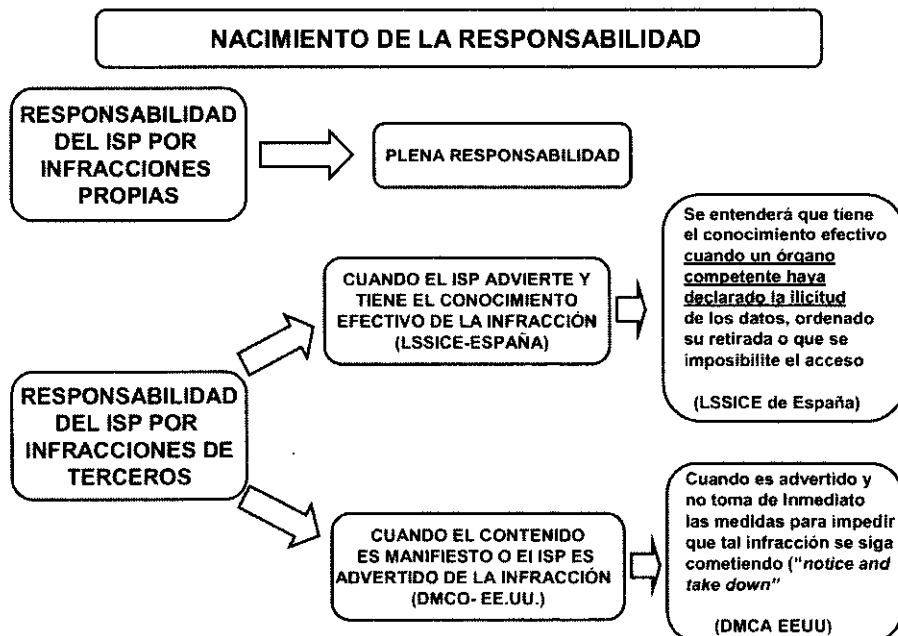
MEROS DISTRIBUIDORES DE INFORMACIÓN



**RESPONSABILIDAD SUBJETIVA POR LAS
INFRACCIONES DE TERCEROS**



- ☐ Daño
- ☐ Causalidad entre el hecho generador y el daño
- ☐ Antijuridicidad
- ☐ Factor de imputabilidad: dolo o culpa



RESPONSABILIDAD DE LOS ISP POR LOS CONTENIDOS DE TERCEROS

En España en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, establece:

Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.



RESPONSABILIDAD DE LOS ISP POR INFRACCIONES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En EE.UU. la jurisprudencia hasta 1996 hizo responsable en algunos casos a los ISP ya que los asimilo a la figura del editor.
A partir de 1996, primero con la Communications Decency Act y luego mas claramente con la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de 1998 se los eximio de responsabilidad salvo culpa, al considerarlos meros transmisores de información.

La DMCA establece un detallado sistema de "notice and take down" (detección y retirada) para hacer posible que los titulares identifiquen las infracciones que se cometen a sus obras a través de Internet y lo notifiquen a los servidores afectados para que el material supuestamente infractor sea retirado o su acceso bloqueado

Se establece consecuentemente que la responsabilidad de los ISP se genera únicamente cuando:

- ☐ la incorporación del contenido es manifiesta
ó
- ☐ habiendo sido notificado que existen contenidos violatorios de la ley, no toma de inmediato las medidas necesarias para su retiro.

FALLO JUJUY.COM

Junio 2004  **RESPONS. OBJETIVA**
Equipara a la energía de la computación a la energía eléctrica

DA CUNHA VIRGINIA c/ YAHOO

Julio de 2009
Juz.Civil  **RESPONS. OBJETIVA y SUBJETIVA**

Agosto 2010
Sala D- Cam. Civil  **REVOCA Y RECHAZA DEMANDA**

RODRIGUEZ MARIA BELEN c/GOOGLE

Marzo de 2010
Juz.Civil  **RESPONS. SUBJETIVA**

El fallo de Jujuy

Sentencia de la Cámara Civil de Jujuy, que condeno al titular de un sitio Web a pagar una indemnización de \$ 40000 a un matrimonio que se consideró afectado por un contenido del sitio Web demandado. Se trata de un sitio privado de carácter turístico de la provincia de Jujuy en donde existía un libro de visitas. En ese libro fue cargado automáticamente un mensaje que atribuía a una persona, a quien se identificaba con nombre y apellido, una conducta adultera y que creaba alrededor del matrimonio una situación de humillación. El matrimonio en cuestión demandó al titular del sitio, acompañando un acta notarial sobre el referido contenido y el Tribunal hizo lugar a la demanda y condenó al titular del sitio al pago de la indemnización. La Sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior. Es el primer fallo argentino en este sentido y trata una situación que se da todos frecuentemente con este tipo de libros de visitas con carga automática sin filtrado y en donde, como en este caso, se puede injuriar a un tercero.

EL FALLO "GALERA, Andrés s/desestimación"

La Sala I de la Cam. Nac. Crim. y Correc. de la Cap. Fed. el 27.10.2005 dictó un fallo confirmando una Sentencia que había desestimado una querella penal con fundamento en el art. 113 del Código Penal (delito de calumnias e injurias). En el foro de discusión del sitio "Dolarsi", y como mensajes anónimos, se habían producido agravios hacia una persona y respecto de sus actividades. El art. 113 penaliza al que "publicare o reproducere, por cualquier medio, injurias o calumnias"

Dijo la Cám. que "no basta la comprobación del carácter ofensivo de la publicación es necesario, con relación a la conducta del director o editor responsable, que se halle acreditado que aquél tuvo conocimiento previo del material publicado y que estuvo en condiciones de evitar la publicación. Además, dado que tanto los delitos de calumnias e injurias como su reproducción son dolosos, no podría sustentarse la condena del director en que omitió el deber de cuidado.

No podría ser sancionado aquél por la mera circunstancia de revestir ese carácter, dado que es el querellante quien debe probar que tomó conocimiento previo de la publicación y que estuvo en condiciones de evitarla, circunstancia que no se encuentra probado en autos"