UM OLHAR INTERPRETATIVO CONSTRUTIVISTA PARA A PRÁTICA DO DIREITO ELETRÔNICO: CONTRIBUTOS PARA A POLÍTICA DO BYOD.

An interpretive constructivist view for the electronic law's practice: contributions for the BYOD policy.

ANDRÉ MARTINS BRANDÃO

Resumo: A problemática da falta de regulação ataca os mais diversos campos da tecnologia, inclusive práticas cada vez mais presentes no mercado como o BYOD (*Bring your own device*). Não existindo regulação específica sobre o tema, como aqueles que utilizam de tal política lidarão com problemas legais dela advindos, principalmente se tratando de direito à propriedade e privacidade? Demonstrar-se-á, a partir da tese de direito como integridade de Ronald Dworkin, uma forma contemporânea de lidar com problemas como o ora assumido, ou seja, a falta de regulação específica e a pretensa liberdade do julgador diante dessa situação. Viu-se que o BYOD é uma prática cada vez mais crescente no mundo, e que não pode ser subestimada, pois traz benesses e riscos para as empresas que dela utilizam. Nesse foco, o BYOD foi investigado principalmente em se tratando do direito à propriedade e a privacidade. Diante da falta de normatização específica para a prática, foram tomados princípios do sistema para balizar respostas coerentes com o todo. Quanto ao direito à propriedade, foi concluído que o dispositivo alvo da política de BYOD sempre pertence ao trabalhador, porém o empregador pode ter acesso ao controle de certas funções, desde que pautado no consenso entre as partes, advindo de normas internas da empresa, dentro da legalidade. Quanto à privacidade, por sua vez, foi visto que o empregador tem o direito (e até obrigação) de monitorar os dispositivos de seus funcionários utilizados no trabalho, com base, mais uma vez, no consenso (fundamentado no aviso de falta de expectativa de privacidade, que deve ser contido na regulação interna da empresa). Tais práticas parecem ser coerentes com o projeto de Estado Democrático de Direito delineado na Constituição Federal de 1988. A chave, portanto, é o consenso entre empregador e trabalhador, em ordem de propiciar a conciliação entre o direito de ambos.

Palavras-chave: Interpretativismo; Construtivismo; Direito Eletrônico; BYOD.

ABSTRACT: The problem of lack of regulation strikes the most diverse fields of technology, including practices that are increasingly present in the Market, such as BYOD (Bring your own device). In the absence of specific regulation on the subject, how those using such a policy will deal with legal problems arising from it, especially when dealing with property and privacy rights? This work will show, from Ronald Dworkin's law as integrity thesis, a contemporary way of dealing with problems such as the one assumed, ie, the lack of specific regulation and the alleged freedom of the judge in this situation. It was seen that BYOD is an increasingly growing practice in the world, and that can not be underestimated, as it brings benefits and risks for companies that use it. In this focus, the BYOD was investigated mainly regarding the rights to property and privacy. Given the lack of specific regulation for the practice, principles of the system were used to give coherent legal answers. Regarding the right to property, it was concluded that devices included in the BYOD policy always belongs to the employee, but the employer may have access to certain functions of the device, provided by the consensus between the parties, arising out of internal rules of the company within legality. As for privacy, was seen that the employer has the right (and even obligation) to monitor devices their employee's devices used at work, based, again, on consensus (founded on the notice of lack of expectation of privacy, which must be contained in the internal regulation of the company). Such practices appear to be consistent with the design of a democratic state outlined in the Constitution of 1988. The key, therefore, is the consensus between employer and employee, in order to provide conciliation between their rights.

Keywords: Interpretivism; Construtivism; Eletronic Law; BYOD.

1. Introdução ou o problema da escassez de regulação no meio eletrônico.

A seara do direito eletrônico constantemente se depara com um grande problema, pelo menos o que se acredita ser um grande problema – a falta de normatização específica sobre o tema. Com os enormes avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas, principalmente na comunicação humana, como a internet, parece que o campo jurídico não consegue regular a realidade dinâmica e intercambiante, ou pelo menos não consegue normatizá-la de forma eficiente, estando sempre a um passo atrás das mais recentes descobertas.

Tal problema incomoda a comunidade jurídica, principalmente em razão da questão das respostas jurídicas (interpretação e aplicação do direito), previsibilidade do sistema e segurança jurídica. O primeiro problema ocorre diante de situações concretas – qual seria a resposta para um caso envolvendo novas tecnologias, se estas ainda não foram reguladas? Como perpetuar a interpretação e aplicação do direito se este apresenta falta de normas específicas sobre o caso? O segundo problema, que diz respeito à previsibilidade do sistema, leva ao terceiro, que trata da segurança jurídica. Uma das funções do direito é assegurar a consequência das condutas daqueles que se encontram sob seu manto, ou seja, possibilitar que se saiba de antemão à consequência de uma conduta praticada. No caso da seara eletrônica, e da falta de normatização específica, por vezes não se sabe a consequência da conduta praticada – o que leva à imprevisibilidade do sistema. Esta, por sua vez, causa insegurança jurídica, tendo em vista que a ausência de padrões normativos de decisão fazem com que problemas similares (ou até iguais) sejam resolvidos de maneira diferente, dependendo, em grande parte das vezes, da discricionariedade do órgão julgador, do seu julgamento perante sua consciência, e de falácias como sentença vem de *sentire*. Os resultados da problemática investigada, a partir desses três vetores, é incerteza do direito a ser aplicado, imprevisibilidade do sistema e, por fim, insegurança jurídica.

A feitura de leis dentro de um Estado Democrático cabe, precipuamente, a seu órgão legislativo. No Brasil passa-se por problemas em razão da morosidade e constante guerra de interesses políticos, o que atravanca a votação, de maneira sóbria, de temas sensíveis e importantes para a área tecnológica; ou ainda ocorre a feitura de legislações casuísticas, envolvendo casos que se encontram em destaque na mídia, em ordem de gerar um aparente atendimento aos anseios do povo, como no caso recente envolvendo uma conhecida atriz brasileira.

Diante desse quadro erige-se o judiciário, com seu celebrado e temido ativismo, que tenta, pela via jurisprudencial, normatizar, por meio de decisões, certos assuntos importantes para o meio tecnológico, porém, devido ao primeiro problema sugerido acima (quanto à interpretação e aplicação do direito, e a falta de preparação em teoria do direito para tanto), acaba, por vezes, sendo o próprio agente da imprevisibilidade e insegurança.

A problemática da falta de regulação ataca os mais diversos campos da tecnologia, inclusive práticas cada vez mais presentes no mercado como o BYOD (*Bring your own device*). Não existindo regulação específica sobre o tema, como aqueles que utilizam de tal política lidarão com problemas legais dela advindos, principalmente se tratando de direito à propriedade e privacidade?

A partir de tal ótica, tentar-se-á fugir dos padrões modernos de resolução de tais questões, principalmente liberando-se da discricionariedade judicial e do tão temido (ou celebrado, dependendo do ponto de vista) “julgo conforme minha consciência”. Demonstrar-se-á, a partir da tese de direito como integridade de Ronald Dworkin, uma forma contemporânea de lidar com problemas como o ora assumido, ou seja, a falta de regulação específica e a pretensa liberdade do julgador diante dessa situação.

A partir da construção dworkiniana de direito como integridade, demonstrar-se-á, por meio de conceituação, a prática do BYOD e as possíveis respostas jurídicas coerentes à falta de regulação, principalmente se tratando de direito à propriedade e privacidade.

2. Ronald Dworkin e o direito como integridade:

Certamente o americano Ronald Dworkin (1931-2013) é uma das grandes mentes jurídicas do final do século XX e início do século XXI. A obra do sucessor de H.L.A Hart como titular da cadeira de *Jurisprudence*¹ na Universidade de Oxford é passagem essencial para qualquer discussão contemporânea sobre a natureza do direito, seja para concordar ou discordar do autor. Muito comentado no Brasil, porém pouco lido; constantemente ligado a discussões de força normativa dos princípios jurídicos nesse país, geralmente o foco principal de sua obra jurídica é esquecido, ou até nem conhecido - a tentativa de criação de uma teoria interpretativa construtivista do direito.

Nesse contexto, o presente trabalho tentará esclarecer as chaves para o entendimento da teoria dworkiniana, mostrando como tal teoria lida com pretensas lacunas no sistema (como no caso do BYOD, que não possui regulação específica), fugindo de construções positivistas, ou de direito como questão de fato, na

¹ Matéria chamada no Brasil de Filosofia do Direito.

linguagem dworkiniana, de discricionariedade judicial e julgamento conforme a consciência do intérprete aplicador, lembrando que “o cidadão tem compromisso com o direito, não com nenhuma concepção particular que alguém tenha da natureza do direito”².

Primeiramente deve-se esclarecer o projeto de Dworkin. Em sua obra, o filósofo tenta reconstruir a credibilidade da ideia de Estado de Direito ou império do direito.³ O positivismo, com a ideia central de relativismo valorativo e ceticismo moral⁴, trouxe problemas ao objetivismo e a questão da verdade, reduzindo concepções sobre o mundo a meras opiniões, e diminuindo a força moral da construção de um Estado de Direito. A verdade última somente é alcançada pela ciência, logo todas as opiniões se encontram sob o mesmo patamar (e só é realmente válido aquele ponto de vista cientificamente comprovado, pois possui o método para se chegar à verdade do mundo). Tal linha de pensamento influencia a sociedade até hoje, desde o meio jurídico até o artístico. Nesse compasso, Dworkin tenta combater tal ideia por meio de uma metodologia interpretativa pautada em um programa político liberal e igualitário, com base na equidade, processo legal justo e direito individuais.⁵

Em um primeiro momento na sua vasta obra, Dworkin critica o positivismo principalmente em um nível estrutural, declarando que tal entendimento deixou de compreender fatores estruturais do direito, como a presença de princípios no sistema, utilizados na jurisprudência como padrões de decisão vinculantes e por vezes implícitos (veja-se o caso *Riggs v. Palmer*, por exemplo); a impossibilidade de uma regra de reconhecimento, haja vista certos padrões normativos implícitos e não formalmente reconhecidos pelo sistema (como o princípio da insignificância, no direito penal, por exemplo); e a ilegitimidade da discricionariedade judicial, uma vez que o julgador sempre se encontra vinculado por obrigações jurídicas, mesmo em

² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 214.

³ “Em resumo, a teoria do direito de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes. Sua teoria da justiça é que todos os juízos políticos devem, em última instância, basear-se na injunção de que as pessoas são iguais como seres humanos, independentemente das circunstâncias em que nascem.” GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 07.

⁴ “Uma filosofia relativista é decididamente empirista e racionalista e, em decorrência disso, tem franca inclinação ao ceticismo.” Kelsen, Hans. *A Democracia*. 2a ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 165.

⁵ “os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.” DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008,p. 199-200.

casos difíceis, nos quais não existe regras previamente estipuladas para sua resolução, devendo sempre buscar por respostas correta dentro do sistema de direito, utilizando-se de princípios, quando necessário, e nunca recorrer ao “decido conforme minha consciência”.⁶

A partir de sua obra seminal – *O Império do Direito*⁷, Dworkin adota o ponto de vista de um participante interno do sistema, a partir da análise da prática dos tribunais e de o direito como argumentação, fundamentando sua teoria principalmente em uma crítica madura ao positivismo, tentando substituí-lo por uma teoria da interpretação do direito, com a finalidade de, em cada caso, buscar a resposta jurídica correta.

O filósofo afirma que em função de um profissional de direito é uma atividade moral, principalmente em razão de lidar com vidas e situações complexas que as atingem. Ainda mais, advogados, juízes, promotores, dentre outros, fazem parte de um processo ininterrupto de formação do direito, dada sua natureza argumentativa e inconclusa. Desse modo, o entendimento sobre a natureza, teoria e prática do direito são importantíssimos, pois são esses horizontes que vão lhes dar as ferramentas necessárias para perpetuação do projeto.⁸

Em defesa de sua teoria interpretativista diante do projeto complexo de sociedade, Dworkin argumenta que “os enunciados jurídicos são juízos interpretativos e, portanto, combinam elementos que parecem mover-se para trás e para diante”, assim, “interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa em processo de desenvolvimento”. Nesse contexto, o projeto do Estado de Direito seria a criação de uma comunidade de princípios liberal, tendo os cidadãos não como meros sujeitos, e sim portadores de direitos, que devem ser respeitados pela sua qualidade intrínseca de ser humano.⁹

Nesse contexto, Dworkin faz a diferenciação entre princípios e políticas: “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual”, enquanto “os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 23-72.

⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 87.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 225.

direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.” Assim, juridicamente, princípios precedem políticas, tendo em vista que aqueles exprimem direitos, os quais, na visão dworkiniana, funcionam como trunfos, que permitem que as pessoas sejam tratadas como iguais. A proteção de tais direitos individuais é um papel fundamental do judiciário, que inclusive deve proteger as minorias contra as maiorias, ou uma determinada classe contra fortes interesses econômicos, caso estes venham deturpar seus direitos, por exemplo, julgando com base em princípios, e não em políticas (as quais cabem ao Legislativo e Executivo).¹⁰

No sentido de demonstrar a melhor forma de prática judicial dentro do sistema em eterna construção, Dworkin apresenta o juiz Hércules, seu juiz-modelo. De acordo com o filósofo, o papel de tal juiz não é encontrar um direito natural que se encontra subjacente ao sistema, aparentemente por comungar com a percepção pós-moderna de que não existe uma estrutura natural do mundo, sendo este um constructo humano; e sim tentar impor certa ordem à doutrina existente, procedendo a significação do passado, em ordem que o sistema possa ser revitalizado para o futuro. Cabe à Hércules (simbolizando a comunidade jurídica) contar a narrativa de desenvolvimento da história institucional, em ordem de dar continuidade ao Estado de Direito fundado na liberdade e igualdade.¹¹

Desse modo, Dworkin desenvolve a ideia do romance em cadeia. Para o autor a história de interpretação e aplicação do direito em dado Estado de assemelha a um livro ou narrativa que possui diversos autores, porém nunca é concluído, estando em eterna construção e reconstrução. Cabe ao autor subsequente partir de onde o último parou, dando continuidade à história, porém acrescentando material novo – essa é a obrigação judicial – dar continuidade ao sistema de direito, mas sempre acrescentando coisas novas, buscando o equilíbrio entre o passado e o futuro, e a coerência do sistema como um todo. É por meio dessa narrativa que a história do desenvolvimento social é contada.¹²

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 141.

¹¹ SINCLAIR, Michael B. W. *Hercules, omniscience, omnipotence, and the right answer thesis*. New York: New York Law School Law Review, Vol. 46, 2003, p. 447-456.

¹² “é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então” DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

Para Dworkin a tarefa do intérprete-aplicador do direito é complexa, exigindo responsabilidade para o discernimento de meras opiniões e crenças com o que é correto perante o sistema. Desse modo, não cabe ao intérprete-aplicador julgar conforme sua consciência, ou discricionariamente (a lá Kelsen¹³ ou Hart¹⁴). Para Dworkin o direito sempre vincula a resposta do intérprete-aplicador, seja por meio de regras ou princípios. Cabe a ele organizar o sistema de modo que possa produzir respostas para as novas demandas. Não é mais o sujeito aquele que deve emitir sua opinião de acordo com sua consciência para resolver casos concretos não regulados especificamente, e sim deve-se impor ordem à doutrina, tentando, de forma responsável e coerente, investigar o sistema para obter respostas coerentes com novas demandas, ou seja, a resposta correta.¹⁵ A partir da tese de Dworkin pode-se dizer que a revolução copernicana de Kant, que influenciou de forma significativa o positivismo jurídico, é atacada. O sujeito deixa de ser aquele transcendental, criador do mundo e do direito, e passa a ter uma posição dentro do sistema, possuindo o dever de emitir respostas intersubjetivamente válidas (a partir do vetor da coerência com o sistema).

Nessa complexa atividade de interpretação e aplicação do direito Dworkin enxerga duas tentações que podem vir ao encontro do intérprete. A primeira delas é o convencionalismo.¹⁶ De acordo com essa forma de pensar pode-se descobrir o direito a partir da aplicação de textos convencionalmente válidos. Essa abordagem é observada no positivismo jurídico, seja de Kelsen, por meio da norma hipotética-fundamental, ou Hart, com sua regra de reconhecimento, o direito somente é aquele que está escrito e reconhecido institucionalmente, ou seja, funciona como uma questão de fato. Diante de um problema jurídico, recorre-se a textos convencionalmente estabelecidos (diga-se diplomas legais) para encontrar uma resposta pronta e acabada para o problema. Dworkin afirma que o convencionalismo

¹³ “Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. 7 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2006, p. 394.

¹⁴ HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 335-340.

¹⁵ ZIPURSKY, Benjamim C. *Two takes on truth in normative discourse*. Boston: Boston University Law Review, Vol. 90, 2010, p. 525-531.

¹⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 192-197

apega-se demais ao passado – se faz jus às decisões políticas do passado, garantindo previsibilidade, porém não existe movimento para o futuro – peca-se no fator continuidade. A segunda tentação, ao seu tempo, é o pragmatismo¹⁷. Nessa construção o direito é movido por objetivos comunitários. Busca-se em cada caso a decisão mais justa, sem levar em conta decisões do passado. Assim, inclusive direitos individuais podem ser atropelados em ordem de se buscar o mais justo para determinada comunidade. Nesse sentido, apesar de oferecer possibilidades de continuidade para o sistema, e certa flexibilidade com a construção de decisões judiciais, o pragmatismo não tem compromisso com o passado, suas decisões políticas e núcleo de direitos fundamentais¹⁸.

Negando tais abordagens, Dworkin se compromete em enxergar o direito como integridade. Segundo o autor:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam descrições factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa política em processo de desenvolvimento.¹⁹

Assim, pela tese de Dworkin, cabe ao intérprete-julgador, de forma responsável, organizar o sistema, de modo que possibilite a construção de respostas jurídicas coerentes para resolução de novas demandas.²⁰

Ainda em guerra com a visão de o direito como questão de fato, para a qual deve haver um exaurimento da dimensão moral na análise no direito, Dworkin considera que este é mediado pela moral, que se encontra latente na narrativa de construção do Estado de Direito ao qual se pertence, ou seja, nas decisões do passado, sejam elas políticas ou jurídicas. Assim, a moralidade dworkiniana se encontra na construção da comunidade de princípios, possibilitada pela escrita de uma narrativa responsável e coerente da história institucional. Por outro lado, o princípio da

¹⁷ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 200-202.

¹⁸ O pragmatismo a que Dworkin se refere lembra muito a onda de ativismos judiciais em voga no Brasil.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 225

²⁰ “a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.” DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 202.

integridade, basilar na construção de Dworkin, corresponde à moralidade interna do direito, que “pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional que determina que o direito, na medida do possível, seja visto como coerente nesse sentido.”²¹

Dessa forma, a integridade insta os intérpretes-aplicadores do direito a trabalhar com ele de certa maneira – “o princípio jurisdicional de integridade ensina os juízes a identificar os direitos e deveres jurídicos, na medida do possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor”, qual seja “a comunidade personificada -, exprimindo uma concepção coerente de justiça e equidade”²². A integridade ainda atesta que “as proposições de direito são verdadeiras se constarem (ou decorrerem) dos princípios de justiça, equidade e processo legal justo que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”²³

A tese de Dworkin permite não ser levado por uma teoria que tenta descrever de modo frio e objetivo o direito, como fez grande parcela do positivismo, porém exige uma interpretação construtiva. O direito não está pronto e acabado, e nunca estará. Advogados, juízes, promotores, população, dentre outros, todos fazem parte de um processo de eterna construção do sistema de direitos e deveres – aqueles que determinam o direito fazem parte da ordem jurídica. Para Dworkin o direito é uma questão interpretativa, um eterno diálogo entre pessoas com conhecimentos jurídicos sobre a existência de direitos, todos podendo alcançar a resposta jurídica correta. A argumentação, portanto, está na base desse sistema. Por vezes a habilidade judicial não é boa o suficiente para encontrar a resposta correta, porém cabe ao intérprete-aplicador continuar, por meio da interpretação e argumentação, em sua busca, uma vez que sempre existem direitos a ser desvelados.

Dessa forma, o relativismo interpretativo pode ser combatido com a atitude interpretativa daqueles que interpretam.²⁴ Advogados, juízes, promotores,

²¹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 176.

²² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 225.

²³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 225.

²⁴ “O império do direito é definido pela postura (...). Trata-se de uma postura interpretativa, autorreflexiva, voltada para a política no sentido mais amplo. É uma postura protestante, que torna cada cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos da sociedade com o princípio.” DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 413.

acadêmicos, todos estão envolvidos na prática interpretativa de construção do direito, com a finalidade de impor um sentido à prática que coligue moralmente a comunidade de princípios: “ as pessoas agora tentam impor um significado à instituição – para vê-la em sua melhor luz -, e em seguida reestruturá-la à luz de tal significado”²⁵. Ainda mais, “uma questão de impor um propósito a um objeto ou uma prática, a fim de convertê-los no melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual se considera que pertencem.”²⁶

Com esse ideário, Dworkin descreve a prática interpretativa fundada em três etapas: uma pré-interpretativa, na qual a prática deve ser identificada; uma interpretativa, na qual se deve justificar a necessidade de continuidade da prática; e uma pós-interpretativa, em que se deve reformar a prática de acordo com a justificação oferecida na segunda etapa, construindo-a para o futuro.²⁷

A partir desse vetor de interpretação, baseado em um projeto de comunidade com um significado, e de interpretações coerentes com tal projeto, pode-se afirmar que existem interpretações mais corretas que outras, ou seja, mais verdadeiras. Pode-se utilizar como exemplo desse tipo de interpretação uma experiência estética, a interpretação de um filme, por exemplo. Veja o famoso filme de Stanley Kubrick – Laranja Mecânica. Um espectador pode interpretá-lo como um filme de ação, no qual uma gangue de jovens aterroriza uma cidade em um futuro não tão distante. Essa primeira interpretação não consegue ser coerente com o projeto crítico delineado na obra, uma vez que a reduz a uma narrativa sem pretensões críticas, mais um “enlatado de entretenimento”, geralmente produzido em terras norteamericanas. Um segundo espectador, por sua vez, enxerga que se trata de um filme dramático, onde o vazio existencial provocado pela sociedade de consumo reverbera na violência sem sentido praticada por jovens, única forma de sentirem-se realmente vivos em uma sociedade plastificada. A segunda acepção se mostra mais coerente com o projeto crítico delineado por Anthony Burgess²⁸, em seu livro, e posteriormente transformado em filme por Kubrick. Não se trata de uma obra de ação violenta, e sim de um esforço intelectual para mostrar o vazio existencial provocado em uma sociedade que preza pelo *avoir* (ter), em detrimento do *être*

²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 47.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 52.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 81-82.

²⁸ BURGESS, Anthony. *Laranja Mecânica*. São Paulo: Aleph, 2006.

(ser), o que culmina em uma juventude sem ligações fortes com o projeto humano, propensa a atos de violência desmedida, tendo em vista a reificação (coisificação) provocada nos indivíduos pela sociedade de consumo, que enxerga no outro uma coisa e não um sujeito.

A partir de tal construção Dworkin clama para que os intérpretes-aplicadores do direito persigam uma resposta certa, no sentido de corretude aqui expressado, ou seja, íntegro e coerente com o projeto de comunidade que se deseja construir.

Como já suscitado, é importantíssimo que o acervo de concepções sobre o direito auxilie na construção e reconstrução do sistema, uma vez que não possuindo bases seguras sobre o que se está falando, é muito provável que ocorram interpretações falaciosas. Dworkin aqui rejeita que a interpretação do direito diante de casos difíceis (como ocorre no seio eletrônico, dada à falta de normatização específica) deva ser refém de opiniões solipsistas, da discricionariedade judicial ou do julgo conforme minha consciência. É necessário um estudo profundo da natureza do direito e do próprio sistema normativo vigente, em ordem de entender o projeto de comunidade que se está inserido, organizando o sistema e proporcionando, de forma responsável, respostas coerentes (corretas) para os casos em voga.

E porque isso seria importante diante da falta de normatização específica na área eletrônica? Tal construção é importante para nortear a integração do direito em casos sem normatização específica. O positivismo, principalmente em sua vertente normativista, torna o sistema refém dos juízos interpretativos daqueles que possuem a interpretação autorizada pelo Estado (juízes, em sua maioria). A interpretação, nesse jogo, é um ato de poder ou de vontade²⁹ do órgão judicante, cabendo solipsismos e discricionariedade judicial em sua forma forte (quando o juiz sai do sistema e julga conforme sua consciência, de acordo com o que “acha” certo). Dworkin oferece um sistema onde o que importa não é a opinião pessoal do intérprete, porém respostas coerentes com o sistema como um todo. Não mais a interpretação do direito é refém de solipsismos, porém deve ser íntegra e responsável, interpretando o projeto da sociedade, buscando respostas para o direito coerentes com esse projeto, equilibrando o passado e o futuro de forma que

²⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. 7 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2006, p. 387-398.

possa ser dada continuidade ao sistema, sempre acrescentando algo novo. Estar-se-á, com essa narrativa, contando a história da sociedade na qual se vive.

Assim, o arsenal interpretativo construído por Dworkin, com sua metanarrativa social, é ferramenta idônea para auxiliar na tarefa de integrar o direito no ramo tecnológico, tendo em vista a falta de normatização específica para novas tecnologias, permitindo fugir de concepções de “senso comum” e positivistas do direito, que permitem o solipsismo judicial, buscando uma prática de integridade intersubjetiva para a construção e reconstrução do sistema jurídico. Deve-se lembrar, por fim, o abandono de pretensões de validade universal de teses e teorias, tendo em vista a visão cética quanto à existência de uma ordem de verdade universal subjacente. Assim, não se pretende, com esse trabalho, que a teoria de Dworkin seja observada como o correto espelho da natureza, ou como a “verdade” sobre o direito. Trata-se de mais uma teoria, uma oportunidade para se praticar o debate e o dissenso, tentando, com isso, fugir de padrões arraigados na prática jurídica, seja por um senso comum despreparado ou por uma caricatura do positivismo (muito divulgada em cursos de direito por todo o Brasil). Com isso, procura-se fomentar a necessidade de se entender a natureza do direito como ponto inicial para qualquer discussão sobre suas possíveis respostas. Afinal, é impossível compreender o resultado de um sistema sem compreender o que leva a esse resultado, ou seja, sua natureza. Nesse sentido, em ordem de possibilitar uma construção coerente com o sistema para práticas tecnológicas, deve-se entender o funcionamento do próprio sistema. Isso que foi tentando no presente artigo, por meio da tese de Dworkin. Oferecer uma forma de enxergar o direito, para que a partir desse axioma epistemológico possa-se tecer um olhar sobre as novas práticas tecnológicas, como o BYOD, e possibilitar respostas coerentes com o projeto de comunidade vigente para as problemáticas advindas desses novos meios.

No próximo tópico a prática do BYOD será conceituada, e a sua realidade mercadológica investigada, em ordem de propiciar um primeiro entendimento sobre a matéria, possibilitando, no capítulo derradeiro, um olhar jurídico sobre o assunto, principalmente em relação ao direito à propriedade e privacidade, e possíveis respostas jurídicas coerentes para solução de problemas advindos da prática tecnológica.

3. Conceito e atualidade mercadológica do BYOD.

Hoje a informação é a mola propulsora do que conhecemos como mundo. Com a revolução da internet nos anos 90 e a atual era da inovação, acentuando o fenômeno econômico-político da globalização, a informação passou a ser cada vez mais valiosa. Atualmente, devido em grande parte à flexibilização espaço-temporal permitida pelos novos meios de comunicação, informações privilegiadas podem quebrar uma economia, vide a Islândia nos últimos anos; iniciar uma guerra, como no Iraque³⁰; disseminar revoluções em toda uma esfera social, como na primavera árabe; ou até criar problemas internacionais, como no caso PRISM, revelado recentemente por Edward Snowden.

Peter Drucker inclusive atesta que “a informação está substituindo a autoridade”, ou seja, caso alguém não detenha a informação não detém autoridade, em qualquer estrutura social, desde grandes empresas a pequenas famílias. O poder hoje advém da informação³¹.

Vive-se atualmente em um mundo amplamente tecnológico, onde as informações são armazenadas, quase que totalmente, em meios digitais. Nesse esteio, em ordem de ter acesso a tais informações, o ser humano se encontra quase que obrigado a utilizar aparelhos eletrônicos em seu trabalho, sejam eles computadores, tablets, smartphones, etc.

Usualmente tais aparelhos eletrônicos eram concedidos pelo empregador, com o escopo de possibilitar o trabalho com informações digitais, principalmente considerando o alto custo de tais equipamentos. Ocorre que com a crescente acessibilidade econômica e maior facilidade de uso de tais aparelhos eletrônicos, conhecida como consumerização da tecnologia, os colaboradores de empresas começaram a possuir os seus próprios, levando-os ao trabalho e conectando, por vezes, à rede da sociedade empresária³².

Dessa forma se molda a política do BYOD (*Bring your own device*). Trata-se da política de permitir que trabalhadores levem seus próprios aparelhos eletrônicos

30 Mesmo que a tenha-se descoberto posteriormente que não haviam armas atômicas naquele país, foi tal informação privilegiada que fundamentou a declaração de guerra por parte dos E.U.A.

³¹ DRUCKER, Peter. *O Melhor de Peter Drucker: obra completa*. São Paulo: Nobel, 2002. p. 131-134.

³² DAHLSTROM, Eden. *Byod and consumerization of it in higher education research*. ECAR: São Francisco, 2013.

móveis, como notebooks, tablets e smartphones, ao local de trabalho, utilizando-os para ter acesso a informações e aplicações privilegiadas da empresa. Tal prática também é conhecida como BYOT (*bring your own technology*), BYOP (*bring your own phone*), BYOPC (*bring your own PC*) ou até BYOE (*bring your own everything*).³³

Em pesquisa recente efetuada pela Ovum³⁴ sobre o fenômeno do BYOD, efetuada com trabalhadores de empresas em 17 países³⁵, foi descoberto que 57.1% dos trabalhadores de empresas em período integral estão envolvidos com alguma forma de BYOD. Mais especificamente dentro de cada mercado, 75% dos empregados de empresas em mercados emergentes (como Brasil, Índia e Rússia) demonstram propensão a utilizar seus próprios aparelhos no local de trabalho, enquanto que nos mercados mais maduros (Reino Unido e EUA, por exemplo) tal número cai para 44%.

A partir de tais números, pode-se perceber que a prática do BYOD vem cada vez mais ganhando espaço no mercado, tendo em vista que mais da metade dos trabalhadores estão envolvidos de alguma forma com ela. Nesse sentido, o BYOD se trata de uma realidade que aparentemente veio para ficar, e que, por isso, deve ser analisada e estudada em ordem de se encontrar melhores soluções para as empresas e trabalhadores.

Dentro dessa situação factual do BYOD no mercado, diversos problemas podem ser elencados, tanto de ordem tecnológica quanto jurídica. Na presente investigação trabalhar-se-á com problemáticas jurídicas envolvendo o BYOD, a partir do paradigma interpretativo construtivista fornecido por Ronald Dworkin, principalmente quanto à problemática do direito à propriedade e à privacidade. No presente capítulo conceituou-se a política do BYOD, possibilitando a investigação mencionada, que será efetuada no próximo e derradeiro título.

³³ DAHLSTROM, Eden. *Byod and consumerization of it in higher education research*. ECAR: São Francisco, 2013.

³⁴ Multi-market BYOD Survey Results: Employee Behaviour and Attitudes Toward Mobile Device Usage at Work, (Oct 2012) e Multi market BYOD Survey Results: The BYOD Management Gap, (Oct 2012), disponível em <http://ovum.com/research/>, acessado em 07.05.2012 às 11:00.

³⁵ A pesquisa em BYOD da Ovum juntou respostas de 3,796 consumidores em 17 países: Brasil, Rússia, Índia, África do Sul, Emirados Árabes, Malásia, Singapura, Japão, Austrália, Bélgica, França, Alemanha, Itália, Espanha, Suécia, Reino Unido e EUA.

4. A política do BYOD e os problemas jurídicos referentes aos direitos de propriedade e privacidade.

A prática do direito eletrônico enfrenta grandes problemas. Um deles, que o presente trabalho se propôs a enfrentar, diz respeito à falta de regulação específica para diversos de seus fenômenos. A legislação estatal, como visto, não consegue acompanhar a realidade intercambiante e dinâmica do mundo eletrônico, deixando muitos de seus fenômenos sem resposta jurídica direta, o que acarreta imprevisibilidade e insegurança jurídica. Isso ocorre com a política do BYOD, alvo deste estudo. Com a consumerização da tecnologia, os trabalhadores começaram a levar seus próprios dispositivos para o trabalho, por vezes conectando em rede própria da empresa e obtendo informações sensíveis para o negócio, sem controle do empregador. Por outro lado, as empresas começam a tomar medidas de segurança para que suas preciosas informações não sejam desviadas ou utilizadas por terceiros para prejudicar o negócio, inclusive cogitando medidas sobre apropriação de tecnologias dos trabalhadores ou vigilância e controle sobre estes. Até onde o dispositivo utilizado no trabalho pertence ao trabalhador (ou pertence ao empregador)? A empresa pode ter acesso aos dados contidos no dispositivo (que possui tanto informações da empresa quanto informações pessoais) ou está seria uma violação da privacidade do trabalhador? Diante de tais perguntas e da situação problemática avistada, a normatização estatal não oferece respostas diretas. Existiria, portanto, alguma forma segura de dar respostas a estas questões, que não dependesse do arbítrio (consciência, discricionariedade) do intérprete-aplicador do direito?

Viu-se no primeiro capítulo deste artigo uma forma diferente de enxergar o direito, não fundamentada na discricionariedade judicial, porém em bases de integridade, responsabilidade e coerência. Com sua tese interpretativa construtivista, Dworkin demonstra que os cidadãos de determinado Estado, quando diante de perguntas sem respostas diretas do sistema, como as vistas acima, não devem ser reféns de interpretações solipsistas, e sim buscar por interpretações intersubjetivamente válidas, procurando dar coerência ao sistema como um todo, respeitando a sua integridade. Não existem lacunas no sistema, que podem ser preenchidas de acordo com a consciência do intérprete-aplicador. Não havendo regras específicas para determinado problema, deve-se partir para uma

interpretação do sistema como um todo, de seus princípios, buscando respostas coerentes com tudo já construído, ou seja, respostas corretas. Deve-se, ainda, repetir – não está se querendo dizer que a tese de Dworkin é a mais correta ou apropriada para o direito – quer-se demonstrar, principalmente, que essa é uma forma possível de enxergar o fenômeno jurídico, fugindo de construções modernas, como o positivismo, que por detrás de uma pretensa objetividade com a lei permite o arbítrio do interprete-aplicador por meio da discricionariedade; ademais, que o entendimento da teoria do direito é uma ferramenta para uma prática mais íntegra³⁶.

Assim, propõe-se, nesse tópico, uma abordagem interpretativa construtivista para a prática do direito eletrônico, a partir da análise da problemática da política do BYOD, principalmente quanto aos direitos à propriedade e privacidade.

4.1 . BYOD e o direito à propriedade.

Um dos problemas existentes quanto à prática do BYOD diz respeito ao direito à propriedade, reconhecido como princípio jurídico no sistema brasileiro pelo *caput* e inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal³⁷. Uma vez que o trabalhador usa seu dispositivo conectado à rede da empresa, tendo acesso a informações privilegiadas, o dispositivo passa a ser de propriedade da empresa (podendo apagar seus dados remotamente, por exemplo)? Ainda mais, em programas de subsídio oferecidos por empresas para que trabalhadores comprem dispositivos tecnológicos para usar no trabalho, este dispositivo pertence ao trabalhador ou à empresa, ou ocorre algum tipo de condomínio? Essas são questões que não possuem respostas prontas e acabadas pelo sistema jurídico, motivo pelo qual se procederá investigação quanto a elas.

³⁶ Com isso, quer-se dizer que se engana aquele acredita que teoria e prática estão separadas - fazem parte do mesmo conjunto. Quem defende tal ponto de vista, que acredita que não precisa de teoria para a prática, comete um erro substancial, pois parte de uma teoria apregoada pelo senso comum, que, na maioria das vezes, propõe uma corruptela menos complexa de uma teoria defasada.

³⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Primeiramente cabe destacar a cultura jurídica instituída no Brasil, onde o trabalhador é hipossuficiente frente ao poder econômico do empregador.³⁸ Tal hipossuficiência não é somente observada nas relações de trabalho, porém também nas relações de consumo, onde o consumidor é visto como hipossuficiente frente ao fornecedor.³⁹ Tal vetor é de grande importância ao se investigar relações de trabalho, tendo em vista que demonstra a desigualdade econômica entre o trabalhador e o empregador, e a necessidade de proteção do primeiro em relação ao poderio econômico do segundo. Mas não somente isso, demonstra também o frágil equilíbrio existente nas relações de trabalho. Não se pode, porém, enxergar o trabalhador como uma frágil peça no mercado e o empregador como um terrível monstro do capital – é necessário que se mantenha equilíbrio nessa relação – e grande parte desse equilíbrio vem do consenso, ou seja, regras claras e consensuais (em consonância com a legalidade estatal) sobre os direitos e deveres dentro do ambiente laborial.⁴⁰

Entendendo, pelo projeto jurídico brasileiro quanto às relações de trabalho, que a relação de trabalho é desigual, porém necessita de equilíbrio, e esse é oriundo da proteção do trabalhador frente ao poder econômico da empresa, não seria coerente com tal afirmação defender a que os dispositivos eletrônicos levados ao trabalho, de propriedade do empregado, conectados à rede do empregador e com acesso a informações privilegiadas, passem a ser, de qualquer forma, de propriedade da empresa. Isso seria restringir o direito de propriedade do empregado de maneira não coerente com o sistema, que tem como vetor de interpretação a hipossuficiência do empregado em relação à sociedade empresária.

³⁸ “O Princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume a essência do direito do trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente.” BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 137. Para uma teoria da hipossuficiência no direito brasileiro, ver: CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social*. São Paulo: LTr, Editora da Universidade de São Paulo, 1980. p. 44-45. Ver também: RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

³⁹ art. 5º, XXXII, CF: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual*. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 31.

⁴⁰ “O regulamento de empresa é uma forma de direito caracterizada pelo âmbito de validade, que é ordenamento concreto da empresa. Consiste num conjunto sistemático de normas sobre condições gerais de trabalho, prevendo diversas situações a que os interessados se submeterão na solução dos casos futuros.” NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 345.

Quanto aos programas de subsídio oferecido por certas empresas para que seus trabalhadores adquiram dispositivos pessoais para utilizar no trabalho, a resposta deve se manter a mesma. Se a empresa se dispõe a custear dispositivos pessoais para o empregado, mesmo que de utilização no trabalho, o dispositivo é de propriedade do trabalhador, devido à sua hipossuficiência. Ademais, não se pode dizer que a empresa não terá retornos, tendo em vista que o aparelho subsidiado será utilizado diretamente no negócio da empresa. As sociedades empresárias devem estudar com parcimônia a criação de tais programas de subsídio, sopesando as vantagens e desvantagens de tal modelo de negócio, conhecendo que a propriedade do dispositivo subsidiado será do trabalhador.

Tal interpretação parece ser a mais coerente com o projeto delineado na Constituição Federal e nas leis que regem as relações do trabalho, tendo em vista a igualdade material que rege o sistema (os indivíduos são iguais na medida de suas desigualdades)⁴¹ e a proteção do trabalhador frente ao poder do capital.

Assim, vê-se que os dispositivos contidos na prática do BYOD são de propriedade do trabalhador, utilizados em um ambiente empresarial, com a finalidade dar continuidade às atividades da empresa. Dentro desse ambiente, o empregador possui certas prerrogativas, como o poder de direção (art. 2º, CLT)⁴², que define o empregador como dirigente da empresa, possuindo a responsabilidade de vigilância sobre seu negócio, podendo inclusive chegar a responder pelo mau uso dos equipamentos pelos empregados, tendo em vista as responsabilidades in

⁴¹ “Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 286.

⁴² Art. 2º, CLT - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. O poder de direção do empregador “compreende o poder de direção não só o de organizar suas atividades, como também de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento.” MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. Atlas, 21ª edição. São Paulo, 2005, p. 226. Ainda mais, “a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”. NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

vigilando⁴³ e objetiva⁴⁴. Como conciliar a propriedade dos dispositivos englobados pelo BYOD com as prerrogativas de direção da empresa, e os possíveis ônus advindos dela?

Cabe, desse modo, tratar sobre a questão do consenso. Uma das características essenciais do direito à propriedade é o poder de disposição da coisa (art. 1228, CC)⁴⁵. Por esse corolário, o proprietário pode dispor da propriedade à sua vontade (ou de parcelas dela), no momento que lhe aprouver. Assim, mesmo que o dispositivo alvo da política do BYOD não seja de propriedade da empresa em qualquer das situações, é possível que esta tenha certo controle sobre suas funções, como um apagamento remoto das informações ali contidas, desde que lastreado no consenso com o trabalhador, fundamentado na possibilidade de dispor da forma que entender de sua propriedade. Ao se instituir uma política de BYOD deve-se deixar bem claro ao empregado seus direitos e deveres quanto à utilização de seu equipamento para o trabalho, que pode ser efetuado por um Regulamento Interno de Segurança da Informação (RISI) e Termos de Uso de Sistema de Informações (TUSI)⁴⁶. O primeiro é um documento extenso que tem por função delinear direitos e expectativas no acesso à rede, penalidades, responsabilidade, etc. Trata-se uma verdadeira normatização empresarial para a segurança da

⁴³ "Culpa in vigilando é a que promana de ausência de fiscalização por parte do patrão, quer relativamente aos seus empregados, que no tocante a própria coisa. É o caso da empresa de transporte que tolera a saída de veículos desprovidos de freios, dando causa a acidentes." STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 135.

⁴⁴ Art. 932, CC. São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

⁴⁵ Art. 1.228, CC. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁴⁶ "O regulamento terá por escopo atribuir legalmente responsabilidades, obrigações, penalidades, direitos e expectativas de acesso aos usuários. Entretanto, para ter efetivo reconhecimento legal, referido instrumento deve ser elaborado com base na utilização das mais atualizadas e confiáveis diretrizes de segurança mundial, tais como as normas ISO, em especial a ABNT NBR ISO IEC 17799:2005; BS 7799 do British Standard Institute; Data Protection Working Party, da União Européia; normativas nacionais (provimentos, resoluções e decretos); e ainda, observando as legislações ordinárias como o Código Civil, Código Penal, Consolidação das Leis do Trabalho, respeitando obrigatoriamente todas as conformidades legais. (...) Conjuntamente, é imprescindível a adoção do Tusi, instrumento aplicado aos usuários e/ou pessoas contratadas pela corporação, objetivando legitimar o controle de atividades, e outras considerações visando reforçar a inexistência de expectativa de privacidade, sempre de acordo com as tendências jurisprudenciais do direito nacional e internacional, especificamente para ações correlatas à segurança da informação." BLUM, Renato Opice; JIMENE, Camilla do Vale. *Risi e Tusi são os pilares da segurança da informação*. Artigo eletrônico disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jun-09/risi_tusi_sao_pilares_seguranca_informacao. Visitado em: 27/06/2013, às 11:43.

informação, que deve respeitar o Estado de Direito, demonstrando claramente como o trabalhador deve lidar com a segurança da informação dentro da empresa, de preferência incluindo a política do BYOD. O segundo, por sua vez, é um documento que deve ser assinado pelo trabalhador ao iniciar suas atividades na empresa, dando aceite formal (consenso) à política de segurança da informação delineada no RISI. Com tais instrumentos, mesmo não possuindo a propriedade do dispositivo, o empregador pode estipular, dentro da legalidade, ações que pode tomar em relação ao conteúdo do dispositivo, baseado no aceite formal oferecido pelo trabalhador.

Nesse sentido, tal posição parece ser coerente com o projeto delineado no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que consegue conciliar o direito à propriedade do empregado com o poder (direito) de direção do empregador, por meio do consenso entre as partes sobre as regras do jogo.

4.1. BYOD e o direito à privacidade.

Assim como o direito à propriedade, o direito à privacidade é previsto na Constituição Federal, assegurando o sigilo das informações relacionadas à intimidade ou à vida privada de alguém, em seu art. 5º, X⁴⁷; e o sigilo dos dados telemáticos e das comunicações privadas, no art. 5º, XII⁴⁸. Na era da informação vê-se quase uma derrocada da privacidade, brincando um pouco com a célebre frase de Nietzsche sobre deus⁴⁹, pode-se até chegar a dizer que “a privacidade está morta”, principalmente diante de tantos escândalos sobre espionagem e venda de

⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴⁸ XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁴⁹ “Deus está morto! Deus permanece morto! E quem o matou fomos nós! Como haveremos de nos consolar, nós os algozes dos algozes? O que o mundo possuiu, até agora, de mais sagrado e mais poderoso sucumbiu exangue aos golpes das nossas lâminas. Quem nos limpará desse sangue? Qual a água que nos lavará? Que solenidades de desagravo, que jogos sagrados haveremos de inventar? A grandiosidade deste ato não será demasiada para nós? Não teremos de nos tornar nós próprios deuses, para parecermos apenas dignos dele? Nunca existiu ato mais grandioso, e, quem quer que nasça depois de nós, passará a fazer parte, mercê deste ato, de uma história superior a toda a história até hoje! NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A Gaia Ciência. Curitiba: Hemus, 2002, §125.

dados, como o programa americano PRISM⁵⁰ e as práticas de grandes empresas, como o Google, com os dados de seus clientes⁵¹.

Em uma era tão afetada pela falta de privacidade (e a constante luta para mantê-la), como lidar com a política de BYOD dentro do ambiente empresarial no que diz respeito à privacidade do empregado em relação ao empregador? Pode este último inspecionar os dados contidos no dispositivo do empregado, ou esta seria uma violação de sua privacidade?

A Constituição Brasileira parece ter como parcela de seu projeto a diferenciação entre o espaço público e o privado, dando ao indivíduo a possibilidade de se expressar em ambos os ambientes.⁵² A característica principal de um ambiente público é a ausência de privacidade – o que se faz em um espaço desses pode ser de amplo conhecimento de qualquer um. O privado, por sua vez, tem como característica marcante a própria privacidade – trata-se de um espaço onde a audiência do indivíduo é limitada ou até inexistente. No pilar dessa diferenciação está a capacidade do indivíduo identificar quando se trata de um espaço privado, e quando se trata de um espaço público, tendo em vista que a comunicação proferida por ele terá diferentes destinatários, levando em conta onde seja emitida. Assim, o sujeito possui poder de decisão sobre a privacidade, adequando-se aos padrões culturais do espaço público e do espaço privado, podendo, inclusive, renegar sua privacidade. Um grande problema advindo do espaço eletrônico, principalmente com a internet, é exatamente a incapacidade de determinar o que é público e o que é

⁵⁰ “The National Security Agency and the FBI are tapping directly into the central servers of nine leading U.S. Internet companies, extracting audio and video chats, photographs, e-mails, documents, and connection logs that enable analysts to track foreign targets, according to a top-secret document obtained by The Washington Post. (...) The program, code-named PRISM, has not been made public until now. It may be the first of its kind. The NSA prides itself on stealing secrets and breaking codes, and it is accustomed to corporate partnerships that help it divert data traffic or sidestep barriers. But there has never been a Google or Facebook before, and it is unlikely that there are richer troves of valuable intelligence than the ones in Silicon Valley.” GELLMAN, Barton; POITRAS, Laura. *U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program*, Washington Post, 2013. Disponível em: http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html, acessado em 28/06/2013, às 23:20.

⁵¹ ver: <http://www.itworld.com/security/244453/google-finds-much-more-efficient-way-sell-privacy-its-most-dedicated-users>.

⁵² SOUZA, Mériti de. *Leituras sobre o Público, o privado e o sujeito da ação configurado pela identidade individualizada*. Revista Espaço Acadêmico. N. 62, 2006. MACHADO, L. D.; LAVRADOR. Configurações contemporâneas do público e do privado. Psicopedagogia: alguns hibridismos possíveis. Vitória: Edufes, 2000. FENIGSTEIN, Allan; SCHEIER, Michael F.; BUSS, Arnold H. Public and private self-consciousness: Assessment and theory. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, Vol 43(4), Aug 1975, 522-527.

privado, devido às diferentes demarcações de espaço contidas na rede – requerendo outro tipo de adequação cultural dos indivíduos quanto à diferenciação entre público e privado.

O ambiente corporativo é, por excelência, um ambiente público, podendo, porém, comportar certos atos da vida privada. Dentro desse ambiente, como já observado anteriormente, o empregador possui poder de direção (art. 2º, CLT), devendo vigiar seus empregados em seu ofício, sob pena de responder pelo mal uso de seus dispositivos no ambiente de trabalho. Nesse sentido, teria o empregador direito (e também dever) de monitorar a atividade que seus empregados desempenham em seus próprios dispositivos no ambiente de trabalho (que não mais é circunscrito ao ambiente físico do “escritório”)?

Quanto ao monitoramento de informações do empregado, a jurisprudência brasileira possui posicionamento no que tange aos e-mails corporativos. De acordo com tal posição, o e-mail corporativo é passível de monitoramento, desde que ausente a expectativa de privacidade por parte do trabalhador. A empresa deve informar, e de preferência fazer constar no seu regulamento interno, que não há expectativa de privacidade na utilização de equipamentos da empresa, no sentido de possibilitar o monitoramento. Ademais, mesmo que o e-mail corporativo seja passível de monitoramento, o e-mail privado não o é, até se acessado em ambiente corporativo.⁵³

⁵³ PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. (...) 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em “e-mail” corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (TST- RR-613/2000-013-10-00.7, 1ª Turma, Rel. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, DJ de 10/6/2005) RECURSO DE REVISTA OBREIRO: I) DANO MORAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO – ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO – LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza

O posicionamento cristalizado pela jurisprudência sobre o e-mail corporativo pode guiar a prática no que tange à política do BYOD. Porém, aqui ocorre um diferencial - a propriedade do dispositivo a ser monitorado é do trabalhador, e não da empresa. Tal fato teria o condão de impossibilitar o monitoramento de dispositivos eletrônicos circunscritos na política do BYOD?

Voltar-se-á, aqui, à questão do consenso. Como já visto, o trabalhador pode dispor de sua propriedade como bem entender, e consentir o monitoramento de seu dispositivo é uma das formas possíveis de disposição. Assim, ao desenhar sua política de segurança da informação, a empresa pode definir que o BYOD é permitido, ou seja, seus empregados podem levar seus dispositivos para o trabalho e utilizá-los para esse fim, desde que consinta com o monitoramento das atividades do dispositivo, não havendo qualquer expectativa de privacidade. O consentimento do trabalhador com tal regra pode ser efetuado, como observado anteriormente, por um Termo de Uso de Sistema de Informações (TUSI), que deve ser apresentado ao empregado e por ele assinado quando da contratação.

A ausência de expectativa de privacidade como fundamentadora da possibilidade de monitoramento de dados no ambiente de trabalho é coerente com a construção do Estado de Direito brasileira, envolvendo a diferenciação do espaço público e privado e a possibilidade do indivíduo escolher onde proferirá seu discurso. Sabendo de antemão que o espaço é público (dentro dos limites da empresa), ou seja, que não é possível qualquer tipo de privacidade, caberá ao trabalhador decidir sobre que tipo de postura adotará, podendo guardar certos assuntos (de sua vida pessoal, por exemplo), para ambientes privados, usando o espaço público somente para as finalidades do trabalho e para aquilo que não quiser guardar para si (ou para outros de sua escolha).

da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência – manuscrita, impressa ou eletrônica – da pessoa – física ou jurídica – diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional – da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. (...). 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. (TST, ED-RR – 996100-34.2004.5.09.0015 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2009).

Apesar dessa construção coerente, ainda resta a pergunta sobre o posicionamento a respeito de e-mails privados. De acordo com a jurisprudência, e-mails privados não são passíveis de monitoramento, mesmo que utilizados no ambiente de trabalho. Essa posição pode ser expandida e levada à política do BYOD, defendendo que os dados pessoais do dispositivo próprio utilizado no trabalho não poderiam ser monitorados, tendo em vista o direito fundamental à privacidade.

Tal questionamento é de difícil solução para a área jurídica, tendo em vista a dificuldade de monitorar somente parte do funcionamento de um dispositivo. Talvez a solução ideal para essa problemática seria tecnológica, e não jurídica. A criação de um modelo tecnológico de partição para dispositivos eletrônicos, especialmente em razão da política do BYOD, o qual separasse, no próprio aparelho, uma área privada, para ser utilizada pelo usuário com a proteção da privacidade; e um espaço de trabalho, público, que pode ser monitorado sem ressalvas pelo empregador, não havendo, nesse meio, qualquer expectativa de privacidade.⁵⁴

5. Conclusão ou uma prática de integridade para o direito eletrônico.

O presente trabalho partiu de uma problemática encontrada no seio da prática do direito eletrônico – a inexistência, por muitas vezes, de normatização específica para trabalhar com questões envolvendo a seara da tecnologia. Foi visto que essa falta de normatização específica causa problemas para o sistema, principalmente na interpretação e aplicação do direito, de imprevisibilidade e insegurança jurídica.

Dessa forma, em ordem de trabalhar com políticas contemporâneas como o BYOD, tema do presente trabalho, e que não possui normatização específica, é necessário um estudo da teoria do direito, e como essa linha de estudo trabalha com inexistência de legislação específica.

⁵⁴ A empresa Samsung vem desenvolvendo tecnologia dessa sorte (denominada Knox), em ordem de tornar a política do BYOD mais segura para empresa, protegendo, ao mesmo tempo, a privacidade do trabalhador. Ver mais em: NELSON, Fritz. *Samsung Bets Big On Knox BYOD Technology*. Disponível em: <http://www.informationweek.com/hardware/handheld/samsung-bets-big-on-knox-byod-technology/240149264>, acessado em 28/07/2013, às 23:45.

Nessa investigação, procurou-se fugir de construções modernas, que enxergam o direito como uma questão de fato e elegem o juiz como ponto de fechamento do sistema, ao propiciar atuações discricionárias e decisões conforme a consciência do julgador. Buscou-se, aqui, na teoria de Ronald Dworkin, uma forma de combater a selvageria interpretativa. Na visão do filósofo norte-americano, o direito é uma prática de integridade, interpretativa, em sua essência, que deve se guiar pelo projeto de sociedade já construído, buscando interpretações coerentes com essa máxima, em ordem de equilibrar decisões do passado com o futuro, permitindo a continuidade do sistema e adição de coisas novas. O direito é uma prática construída e reconstruída eternamente, um edifício sem fim, e cabe aos seus autores, na sua empreitada moral, dar continuidade a essa construção por meio da interpretação do sistema como um todo. Tal visão interpretativa construtivista foi o arcabouço teórico utilizado para enxergar a prática do direito eletrônico, buscando, com isso, respostas coerentes com o sistema jurídico brasileiro para a política do BYOD.

Viu-se que o BYOD é uma prática cada vez mais crescente no mundo, e que não pode ser subestimada, pois traz benesses e riscos para as empresas que dela utilizam. Nesse foco, o BYOD foi investigado principalmente em se tratando do direito à propriedade e a privacidade. Diante da falta de normatização específica para a prática, foram tomados princípios do sistema para balizar respostas coerentes com o todo. Quanto ao direito à propriedade, foi concluído que o dispositivo alvo da política de BYOD sempre pertence ao trabalhador, porém o empregador pode ter acesso ao controle de certas funções, desde que pautado no consenso entre as partes, advindo de normas internas da empresa, dentro da legalidade. Quanto à privacidade, por sua vez, foi visto que o empregador tem o direito (e até obrigação) de monitorar os dispositivos de seus funcionários utilizados no trabalho, com base, mais uma vez, no consenso (fundamentado no aviso de falta de expectativa de privacidade, que deve ser contido na regulação interna da empresa). Tais práticas parecem ser coerentes com o projeto de Estado Democrático de Direito delineado na Constituição Federal de 1988. A chave, portanto, é o consenso entre empregador e trabalhador, em ordem de propiciar a conciliação entre o direito de ambos.

Por fim, deve-se reiterar que, não se baseando em uma teoria de verdade como correspondência, o presente trabalho não tem a pretensão de ser o correto espelho da natureza. Trata-se de uma instigação ao debate, ao dissenso e ao diálogo democrático. Dessa forma, as posições aqui tomadas não podem ser, e nem tem a pretensão de ser, a verdade natural. Dentro de um estado democrático deve-se, principalmente, escutar o outro, abrir-se ao discurso, e não ficar postado na torre do absolutismo cego. Como defende Levinas, em sua obra *Totalidade e Infinito*⁵⁵ – dentro da nossa totalidade, e do infinito do outro, a forma mais ética de se comportar é ouvir o que o outro tem a dizer, até o final, e não assumir o que ele deveria ter dito a partir do que o um acredita.

6. REFERÊNCIAS:

- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BLUM, Renato Opice; JIMENE, Camilla do Vale. *Risi e Tusi são os pilares da segurança da informação*. Artigo eletrônico disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jun-09/risi_tusi_sao_pilares_seguranca_informacao. Visitado em: 27/06/2013, às 11:43.
- BURGESS, Anthony. *Laranja Mecânica*. São Paulo: Aleph, 2006.
- CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social*. São Paulo: LTr, Editora da Universidade de São Paulo, 1980.
- DAHLSTROM, Eden. *Byod and consumerization of it in higher education research*. ECAR: São Francisco, 2013.
- DRUCKER, Peter. *O Melhor de Peter Drucker: obra completa*. São Paulo: Nobel, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- _____, *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____, *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____, *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- FENIGSTEIN, Allan; SCHEIER, Michael F.; BUSS, Arnold H. *Public and private self-consciousness: Assessment and theory*. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, Vol 43(4), 1975.

⁵⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 35-70.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

GELLMAN, Barton; POITRAS, Laura. U.S., *British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program*, Washington Post, 2013. Disponível em: http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html, acessado em 28/06/2013, às 23:20.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

_____, *Teoria Pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2006

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 35-70.

MACHADO, L. D.; LAVRADOR. *Configurações contemporâneas do público e do privado. Psicopedagogia: alguns hibridismos possíveis*. Vitória: Edufes, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. Atlas, 21ª edição. São Paulo, 2005

Multi-market BYOD Survey Results: Employee Behaviour and Attitudes Toward Mobile Device Usage at Work, (Oct 2012) e Multi market BYOD Survey Results: The BYOD Management Gap, (Oct 2012), disponível em <http://ovum.com/research/>, acessado em 07.05.2012 às 11:00.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

NELSON, Fritz. *Samsung Bets Big On Knox BYOD Technology*. Disponível em: <http://www.informationweek.com/hardware/handheld/samsung-bets-big-on-knox-byod-technology/240149264>, acessado em 28/07/2013, às 23:45.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Curitiba: Hemus, 2002

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SINCLAIR, Michael B. W. *Hercules, omniscience, omnipotence, and the right answer thesis*. New York: New York Law School Law Review, Vol. 46, 2003.

SOUZA, Mériti de. *Leituras sobre o Público, o privado e o sujeito da ação configurado pela identidade individualizada*. Revista Espaço Acadêmico. N. 62, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual*. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 31.

ZIPURSKY, Benjamim C. *Two takes on truth in normative discourse*. Boston: Boston University Law Review, Vol. 90, 2010,