

GRUPO DE TRABALHO - 19. Direitos Fundamentais e Democracia;

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE
(UNTERMASSEVERBOT) E O MONITORAMENTO DO CORREIO
ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO**

**IL PRINCIPIO DEL DIVIETO DI SCARSA PROTEZIONE
(UNTERMASSEVERBOT) E IL MONITORAGGIO DELLA POSTA
ELETTRONICA SUL LUOGO DI LAVORO**

Carlos Eduardo Koller¹

Marco Antônio César Villatore²

RESUMO:

O surgimento de novas tecnologias vem provocando alterações nos mais diversos setores, inclusive no mundo do trabalho, gerando restrição dos direitos fundamentais dos empregados. Fato comum que a restrição se dê em larga escala, pois o advento da modernidade (era tecnológica e da computação) aprimora ainda mais os efeitos nocivos que o capitalismo vem causando na sociedade. Não forçoso afirmar que o sistema de mercado agradece as facilidades tecnológicas, eis que os controles dos processos produtivos, bem como os resultados que deles advêm se concentram nas mãos de poucos, favorecendo a criação de oligarquias que controlam a economia. O correio eletrônico, um dos frutos dessa nova realidade, torna-se mais indispensável no cotidiano laboral, a ponto de se ter transformado num verdadeiro instrumento de trabalho e, por isso, monitorado pelos empregadores com o intuito de controlar a atividade empresarial. Ocorre que referido monitoramento do correio eletrônico dos empregados pelos seus superiores hierárquicos inaugurou a discussão acerca dos conflitos de direitos envolvidos na questão: os direitos de personalidade do empregado (intimidade e vida privada) e, conseqüentemente, o direito ao sigilo de correspondência, bem como o direito de propriedade e o poder de controle do empregador. A análise dessa limitação do poder de direção do empregador, em relação à intimidade e à privacidade do empregado, vem sendo explorada constantemente, na jurisprudência e pela doutrina pátrias, principalmente, pela dinâmica tecnológica. Muitos empregadores ainda não se deram conta de que as suas atitudes podem gerar prejuízos na produtividade do seu

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ADBCONST).

² Pós-Doutorando em Direito Econômico pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”/UFSC e Mestre pela PUC/SP. Professor da Graduação da Faculdade e da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular do Curso de Mestrado e do Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Líder do Grupo de Pesquisa “Desregulamentação do Direito, do Estado e Atividade Econômica: Enfoque Laboral”. Advogado (disponível em <http://www.villatore.com.br>).

empregado, mas não somente isso, podem gerar indenizações em razão de sua responsabilidade civil pelos atos praticados, quando invasivos ou desproporcionais. Analisando-se dessa forma, poder-se-ia imaginar que o empregador não poderia estabelecer qualquer tipo de regra para utilização de sites e de mensagens eletrônicas, o que não é verdade, pois, caso contrário, haveria o risco que o excesso de liberdade prevê, em especial, o desvio da finalidade produtiva. É necessário ao empregador, porquanto direito seu, a conferência dos atos de produção, em decorrência do seu poder de controle. Além disso, o empregado poderá se aproveitar dessa falta de regramento da empresa para acessar sites que não guardem pertinência com o trabalho desenvolvido. Não forçoso admitir, ainda, para o empregador, o risco que o encaminhamento de mensagens sigilosas, como é o caso de um segredo da empresa ou algo que se vem trabalhando e pesquisando por vários anos, vaze e contribua, porque não cogitar, inclusive, na derrocada do próprio estabelecimento empresarial. No presente trabalho se elencam possibilidades de superar essa colisão entre princípios e normas jurídicas, vez que de um lado se tem o controle do processo produtivo, com atitudes que invadem a seara de direitos individuais que, por sua vez, igualmente, são catalogados pela Constituição da República Federativa do Brasil como cláusulas pétreas. Referido estudo não busca, de forma alguma, impor a restrição ao uso do correio eletrônico para outros fins que não o da empresa, o que seria algo desarrazoado. Todavia, alertando que o empregador pode determinar limites para essa utilização, inclusive, proibindo acesso a determinados sites que não interessam à sua atividade. Nesse caso, a produtividade do empregado não seria afetada, muito menos a sua intimidade ou privacidade.

PALAVRAS CHAVES: Direitos fundamentais; empregado; correio eletrônico; colisão de direitos fundamentais.

RIASSUNTO:

L'emergere delle nuove tecnologie ha portato a cambiamenti in vari settori, compreso il mondo del lavoro, ponendo restrizione dei diritti fondamentali dei lavoratori. Fatto comune che la restrizione è in grande parte perché l'avvento della modernità (fase tecnologica e computer) migliora ulteriormente gli effetti nocivi che il capitalismo ha causato nella società. Non deve dire che il sistema di mercato grazie impianti tecnologici, ecco, il controllo dei processi produttivi, così come i risultati che provengono da loro sono concentrati in poche mani, favorendo la creazione di oligarchi che controllano l'economia. La posta elettronica, uno dei frutti di questa nuova realtà, diventa indispensabile nel lavoro quotidiano, al punto di aver trasformato in un vero e proprio strumento di lavoro e quindi monitorato dai datori di lavoro al fine di controllare l'attività aziendale. Si dà il caso che la posta elettronica che i dipendenti di monitoraggio dei dai loro superiori ha aperto la discussione sui conflitti coinvolti nella questione dei diritti: i diritti della personalità del dipendente (l'intimità e la vita privata) e, di conseguenza, il diritto alla segretezza della corrispondenza, così come diritti di proprietà e il controllo di potenza del datore di lavoro. L'analisi di limitare il potere di direzione del datore di lavoro, in relazione alla vita privata e la privacy del dipendente, si abusa costantemente, nel caso in patria del diritto e della dottrina, soprattutto dalle dinamiche tecnologiche. Molti datori di lavoro ancora non si rendono conto che le loro azioni possono portare a perdite di produttività del lavoratore, ma non solo, può causare

danni a causa della loro responsabilità per atti commessi occasione invasive o sproporzionate. Analizzando in questo modo, il potere sarebbe immaginare che il datore di lavoro non ha potuto stabilire alcun tipo di regola di usare siti web e messaggi di posta elettronica, che non è vero, perché altrimenti, vi è la possibilità che l'eccesso di libertà prevede, in particolare, la deviazione di fine produttivo. E necessario al datore di lavoro, perché la tua destra, la conferenza degli atti di produzione, grazie al suo controllo della potenza. Inoltre, il dipendente può usufruire di questa mancanza di regramento alla società di accedere a siti che non tengono rilevanza per il lavoro. Ci deve ammettere, anche per il datore di lavoro, il rischio che il routing dei messaggi confidenziali, come è il caso di un segreto aziendale o qualcosa che ha lavorato e la ricerca per diversi anni, perdite e contribuire, perché non contempla nemmeno il crollo della sua fondazione proprio business. In questo lavoro, elenchiamo le possibilità di superare questo conflitto tra principi e regole di diritto, in quanto da un lato ha il controllo del processo, con atteggiamenti che invadono la raccolta dei diritti individuali che, a loro volta, sono catalogati dalla Costituzione Repubblica Federativa del Brasile come clausole immutabili. Questo studio non cerca in alcun modo, di imporre una restrizione l'uso della posta elettronica per scopi diversi da quelli della società, che sarebbe cosa irragionevole. Tuttavia, avvertendo che il datore di lavoro può determinare limiti di tale utilizzo, compreso l'accesso a certi siti che vieta che non riguardano l'attività. In questo caso, la produttività dei dipendenti non sarebbero interessati, tanto meno la loro intimità e privacy.

PAROLE CHIAVE: Diritti fondamentali; dipendenti; posta elettronica; collisione dei diritti fondamentali.

INTRODUÇÃO

O processo de globalização e o surgimento de novas tecnologias, aliados à facilidade que a informação tramita na Internet estão trazendo mudanças profundas e gerando alterações substanciais nas relações sociais.

Instrumentos virtuais, como o correio eletrônico, fruto dessa nova realidade, trouxeram inúmeros benefícios, mas também problemas que precisam ser solucionados.

No ambiente laboral, a possibilidade dessa forma de comunicação desviar de suas finalidades lícitas, trazendo prejuízos ao empregador, levou-o a utilizar outro instrumento fornecido pela tecnologia, qual seja, o monitoramento eletrônico para controlar o e-mail dos trabalhadores e evitar danos ao seu patrimônio. Entretanto, o exercício indiscriminado desse controle pode gerar abuso de poder do empregador, somados ao fato da inevitável violação dos direitos fundamentais.

Frente ao conflito, o presente trabalho busca elucidar que o monitoramento do correio eletrônico do empregado no ambiente de trabalho pode acontecer de modo

eficaz, sem que para isso sejam atentados direitos arduamente adquiridos, em especial aqueles que revelam maturidade constitucional, como as garantias fundamentais.

Primeiramente, definir-se-á correio eletrônico, bem como suas ramificações possíveis, qual seja, correio eletrônico particular e corporativo, e também o que se entende por monitoramento, noções essenciais para o enfrentamento do tema em questão.

Para isso, percorrer-se-á que direitos constitucionalmente assegurados entram em choque quando se inicia o monitoramento do e-mail no ambiente laboral. Ainda, se o controle do correio eletrônico gera a incidência da responsabilidade civil do empregador por atos excessivos por ele praticados.

Em seguida, de que forma o controle da correspondência eletrônica pode ser efetivado sem que para isso se violem os direitos de personalidade do empregado, em especial aqueles relativos a sua vida íntima e a sua privacidade. Sem esquecer, é claro, do próprio sigilo de correspondência.

Por fim, dissecar a colisão dos direitos fundamentais, incluindo-os em uma possível teoria geral que preconize soluções ao conflito, aliados ao fato de que, ainda, não se despreza a possibilidade da demissão por justa causa pelo uso indevido do correio eletrônico.

Para tal, utilizar-se-á a noção do princípio da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), de matriz alemã, que, certamente, permite um diálogo mais razoável entre o princípio da razoabilidade e a ponderação dos princípios constitucionais. Tarefa pesadamente densa que, em momento algum, pretende-se esgotar com este trabalho, porém, lançar ao leitor, ao menos, uma possível visão acerca desse conflito.

1. A INTERNET E AS RELAÇÕES TRABALHISTAS

A revolução tecnológica ocorrida no último século trouxe modificações nos mais diversos setores sociais, como a família, a escola, a religião, alcançando as relações de trabalho. A globalização, a automação, a tecnologia, a informática, o surgimento da sociedade tecnológica que privilegia os bens imateriais estão por modificar as relações laborais.

O surgimento da Internet (*Interconnected Networks*) como meio de comunicação mundial e sua conseqüente popularização fez com que essa ferramenta

tecnológica se tornasse indispensável no cotidiano das pessoas, fazendo com que, a cada momento, sejam descobertas novas e diferentes formas de utilizá-la, no comércio, nas escolas, como meio de divulgação ou simples forma de entretenimento.

No tocante ao universo laboral, a Internet tornou-se um verdadeiro instrumento de trabalho, imprescindível em praticamente todos os setores de grandes e pequenas empresas, bem como nas mais diversas atividades laborais. Por meio dela, o empregado pode exercer muitas funções que antes demandavam tempo e necessitavam deslocamento, onerando o passivo da empresa, vez que agora, podem ser realizadas com maior rapidez e economia, pela forma virtual.

Muitos foram os benefícios e as consequências que o advento da internet causou no ambiente de trabalho. Todavia, a alteração substancial nas relações entre as pessoas foi, sem sombras, o surgimento do correio eletrônico. Para tal, passa-se agora a estudá-lo, ainda que de modo breve para, posteriormente, enfrentar o problema da colisão dos direitos fundamentais.

2. CORREIO ELETRÔNICO

O correio eletrônico, notadamente conhecido pela abreviatura e-mail (*eletronic mail*), é o recurso mais utilizado na Internet e vem se tornando instrumento indispensável para a comunicação entre as pessoas, além de aperfeiçoar o trabalho, eis que permite a armazenagem de um banco de dados expressivo.

Mário Antônio Lobato de Paiva³ esclarece, de forma breve, acerca do surgimento do e-mail:

O correio eletrônico nasceu da transmissão de uma mensagem efetuada entre dois computadores, de forma experimental, em Cambridge, Massachusetts, a qual foi realizada com sucesso, porém não alcançou grande importância naquele momento, idos de 1971. Seu inventor, Ray Tomlison, para diferenciar o nome do usuário no computador em que trabalhava, socorreu-se da arroba @, que em inglês significa *at* (em tal lugar), pois o signo teria pouco uso e não se confundiria com outras instruções. Assim teve início um dos mais importantes, rápidos e econômicos meios de correspondência atualmente enviada e recebida por milhões de pessoas em todo o mundo.

³ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. “O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho”. **R. CEJ**, Brasília, n. 19, p. 24-39, out./dez. 2002, p. 25.

O e-mail pode ser entendido como a forma eletrônica de transmissão de conteúdos à distância, estando abrangidos neste conteúdo não apenas textos, mas imagens, sons, etc.

Mauro Cesar Martins de Souza⁴ explica, tecnicamente, como ocorre o funcionamento do e-mail:

A mensagem, com ou sem anexos, sai do computador (pela porta 25 do protocolo TCP/IP, que fica em *listening*), vai até o servidor provedor de acesso (*daemon*) e daquele local é enviado de forma instantânea ao servidor do destinatário, que as armazena em um *queue*, sendo que quando o usuário abre seu programa específico de correio eletrônico, o navegador, dito servidor envia-lhe ao seu micro as mensagens recebidas (pela mesma porta de envio, efetuando-se uma conexão *inbound* entre os dois servidores). A recepção de e-mails pelo usuário é realizada com o POP3 que também é um servidor que deixa a porta 110 em *listen*. É a porta utilizada para se autenticar e receber as mensagens correspondentes. Pode haver comunicação com o vizinho da mesa ao lado, até com alguém de qualquer parte do mundo, sem sair da frente do computador.

O e-mail é, então, um meio de troca de mensagens escritas de um terminal de computador a outro, ambos conectados à rede. Como para entrar na rede o usuário necessita de um computador, uma placa de “fax-modem”, uma linha telefônica (apesar de já existirem tecnologias que possibilitam acesso mais rápido, como as ondas de rádio e fibra ótica) e a assinatura de um provedor de acesso à Internet, a utilização do correio eletrônico só se torna possível se houver a existência de todo este aparato.

2.1 CORREIO ELETRÔNICO PARTICULAR E CORPORATIVO

Para que se possa analisar a possibilidade de monitoramento eletrônico de mensagens pelo empregador, é imprescindível diferenciar duas formas de correio eletrônico que podem existir concomitantemente em um ambiente de trabalho.

O correio eletrônico particular é aquele contratado de forma privada pelo indivíduo. Apesar de existir a possibilidade de ser acessado de qualquer local, inclusive do ambiente de trabalho, não tem qualquer vinculação com o empregador, ou com sua empresa. Apesar da existência de divergências doutrinárias acerca de sua natureza, Mário Antônio Lobato de Paiva⁵ entende que o e-mail particular guarda – salvo algumas

⁴ SOUZA, Mauro Cesar Martins de. **E-mail (...net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado.** Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>> Acesso em: 20 de dezembro de 2007.

⁵ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.*, p. 28.

diferenças, como sua inexistência material - as mesmas características de uma correspondência convencional, ou seja, aquela que circula por um meio físico.

O correio eletrônico corporativo ou profissional, por sua vez, é aquele fornecido pela empresa ao empregado. Nesse tipo de e-mail há uma identificação direta da correspondência com a empresa, posto que a denominação do empregador estará presente no endereço eletrônico, como, por exemplo, *alfa@empresabeta.com.br*. Todo o aparato necessário à conexão a rede, que possibilita a utilização do e-mail, é, no caso do correio eletrônico corporativo, propriedade do empregador.

O correio eletrônico corporativo vem sendo adotado como verdadeira ferramenta de trabalho para a consecução de objetivos e metas pré-estabelecidos pelo empregador. A rapidez, a simplicidade e a economia proporcionadas pela utilização do e-mail nas mais diversas atividades laborais está fazendo com que este se torne um indispensável instrumento de trabalho, não podendo, desta forma, ser entendido como uma correspondência particular.

3. MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Com o uso da Internet e, conseqüentemente, do correio eletrônico, advieram inúmeros benefícios para a sociedade em geral, da mesma forma que muitos problemas vêm ocorrendo desde o seu surgimento.

A possibilidade de envio de vírus, de material com conteúdo ilícito, do cometimento de crimes, bem como a possibilidade de envio de informações sigilosas a competidores no caso das empresas, fez com que houvesse a necessidade de se desenvolver formas de monitoramento das atividades virtuais.

O monitoramento eletrônico é realizado através de programas especialmente desenvolvidos para este fim. Sobre as formas como esse monitoramento pode ser exercido explica Mauro Cesar Martins de Souza⁶:

O monitoramento eletrônico é feito através de programas que registram os sites visitados por seus funcionários e com que frequência, bem como filtram, registram e classificam automaticamente cada palavra que passa pelos e-mails de suas redes. Sabe-se quais pessoas recebem e ou enviam mais mensagens, as mais longas que atravancam as redes, as de conteúdo comprometedor, etc. Com tais softwares é possível visualizar os textos das mensagens e anexos, bem como fazer buscas nos textos. Há também programas que rastreiam a origem/destino dos e-mails. Enfim, os programas,

⁶ SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *Op. cit.p.76*

que são na realidade filtros, compilam os dados baseados nas páginas visitadas, tempo gasto em cada página, número de mensagens eletrônicas e seu tamanho, conteúdo das mensagens e tempo total gasto em atividades eletrônicas.

O monitoramento eletrônico de mensagens se divide em duas modalidades de controle: o primeiro, chamado formal, analisa aspectos externos, como destinatários e títulos das mensagens; o segundo, conhecido como material, analisa o próprio conteúdo da mensagem.

Sendo assim, frente aos abusos que possam ser cometidos utilizando o correio eletrônico, bem como os prejuízos que seu uso indevido possam trazer ao empregador, passa-se a analisar o monitoramento eletrônico frente aos direitos e garantias fundamentais, em especial os denominados direitos de defesa, tais como a intimidade e a privacidade.

4. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador pode ser definido como a faculdade deste de determinar como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho. Sua fundamentação legal encontra-se na última parte do artigo 2º., da Consolidação das Leis do Trabalho que determina:

Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. (sem destaques no original).

A doutrina é praticamente unânime em dividir o poder de direção do empregador em três manifestações distintas: o poder organizacional, o poder de controle e o poder disciplinar.

Sandra Lia Simón⁷ define sinteticamente cada um desses poderes:

O poder organizacional ou poder diretivo propriamente dito é o poder mais amplo do empregador, que consiste na faculdade de ordenar tanto o capital como o trabalho, objetivando a direção e administração do empreendimento. [...]

Poder de controle é a faculdade que tem o empregador de fiscalizar as tarefas profissionais realizadas pelos empregados, para verificar se estão sendo cumpridas as metas que possibilitarão alcançar os seus objetivos.

Poder disciplinar é a prerrogativa do empregador de aplicar sanções aos seus empregados, quando eles deixam de cumprir as ordens que lhe foram dadas, não desempenhando suas atribuições de forma adequada.

⁷ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 109.

O direito do empregador de monitorar a correspondência eletrônica corporativa do empregado decorre do poder de direção. Mauro Cesar Martins de Souza⁸ afirma o seguinte:

[...] o correio eletrônico é uma ferramenta de trabalho dada pelo empregador ao empregado para a realização do trabalho, portanto sobre ele incide o poder de direção do empregador e conseqüentemente o direito do mesmo fiscalizar seu uso pelo funcionário.

O poder de direção do empregador decorre, de acordo com grande parte da doutrina, do direito de propriedade do mesmo, que vem assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º., inciso XXII. Esta garantia permite ao empregador o direito de regular o uso dos bens de sua empresa, fiscalizar o trabalho e cuidar da segurança de seu empreendimento. Como proprietário do correio eletrônico corporativo, possui a prerrogativa de fiscalizar sua utilização.

Victor Drummond⁹ afirma que

[...] o titular do direito de propriedade do bem intangível correio eletrônico é a empresa.

Se ela detém esta propriedade, pode ter acesso ao que lhe pertence a todo e qualquer momento. Até porque, o uso que lhe é próprio deve perseguir os fins a que se destina.

[...]

Entendemos que o correio eletrônico provido pela empresa com fins comerciais pode ser examinado, visto que é propriedade sua, bem intangível.

No mesmo sentido leciona Mário Lobato de Paiva¹⁰:

[...] o correio proporcionado pela empresa deve ser destinado ao uso estritamente profissional, como uma espécie de ferramenta de trabalho de propriedade da empresa. Não pode o empregado, em princípio, utilizá-lo para fins particulares. Nesse caso, entendemos ser da empresa a faculdade de controle sobre o correio eletrônico desde que comprove realmente que a fiscalização serviu para o fim a que se destina, sem maiores intervenções que pudessem se revestir de ilegalidade e provocar lesão a direitos postos.

Entende-se, assim, que o empregador possui, com base em seu direito de propriedade e, conseqüente, poder de direção, a prerrogativa de monitorar o correio eletrônico corporativo de seus empregados, conforme Mário Antônio Lobato de Paiva¹¹.

⁸ SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *Op. cit.* 45

⁹ DRUMMOND, Victor. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 86/89.

¹⁰ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.*, p. 29.

¹¹ Importante salientar o entendimento de Sandra Lia Simón, que argumenta serem também os e-mails particulares do empregado passíveis de serem monitorados. Aduz a Autora: “De qualquer maneira, mesmo os e-mails particulares dos trabalhadores poderão ser checados, se houver fundado receio na

Ressalte-se que o poder de direção do empregador não é absoluto, possuindo limitações¹². A Constituição de 1988 traz como limites os direitos de personalidade do empregado, bem como o sigilo de correspondência decorrente deles, limitações estas que serão estudados em tópico posterior.

4.1 O MONITORAMENTO DO E-MAIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

A responsabilidade civil do empregador frente aos atos de seus empregados é outro argumento favorável à possibilidade do monitoramento da correspondência eletrônica corporativa do empregado pelo empregador.

O Código Civil, em seus artigos 932, III e 933, determinam a responsabilidade do empregador pelos atos de seus empregados, nestes termos:

Art. 932. 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.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a IV do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Em encontro a tais disposições, a Súmula 341 STF afirma que “*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*”.

Tratando-se em termos de correio eletrônico, observa-se que, sendo o empregador o proprietário do equipamento de acesso à rede, bem como da conta que permite a conexão e ainda empregador da pessoa que está enviando mensagens eletrônicas, será responsável pelos atos do empregado.

Explica Alexandre Agra Belmonte¹³:

No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados *Legal Disclaimers* ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário - e não à empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abaloamentos

prática de atividades irregulares ou ilícitas, já que as liberdades públicas não se prestam ao acobertamento destas”. (In: SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 161).

¹² Segundo Alexandre Agra Belmonte, classificam-se estes limites em “[...] externos (a lei, a moral, as normas coletivas, o laudo arbitral e a sentença judicial e as decisões administrativas) e internos (o contrato de trabalho, o regulamento da empresa e as deliberações dos órgãos de co-gestão)” (In: BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 73).

¹³ BELMONTE, Alexandre Agra. *Op. cit.*, p. 113.

ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto.

Assim, caso o empregado envie material pornográfico ou até mesmo um vírus ao destinatário do e-mail, utilizando o endereço eletrônico da empresa, e porventura cause prejuízos àquele, o empregador poderá ser chamado a responder civilmente pelo dano causado por seu empregado.

Desta forma, sob o aspecto econômico, tendo em vista que uma possível ação de reparação civil poderia trazer um prejuízo patrimonial ao empregador, o monitoramento do correio eletrônico corporativo se mostra como uma solução indispensável.

5. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O DIREITO DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ficou evidenciado nos tópicos anteriores que o empregador precisa deter, até mesmo por conta do pleno exercício de direito seu - o poder diretivo - capacidade para gerir, fiscalizar e administrar o correio eletrônico que leva o nome da sua empresa.

A tudo isso, acrescente-se, o empregador ao exercer um direito seu, fiscalizaria o conteúdo material (elementos textuais da mensagem), e o conteúdo formal (destinatário e assunto da mensagem) com a finalidade de impedir que seu funcionário pratique ato não condizente com seu trabalho, ou, quiçá, alguma ilegalidade.

Pois bem, ao adentrar nesse assunto o operador do Direito se depara com um paradoxo. Ficaria o empregador com esse poder de fiscalização autorizado a vasculhar o conteúdo da mensagem, bem como seus demais elementos textuais, a seu bel prazer? Ainda, o empregador poderia expor a conduta de um determinado funcionário como exemplo aos demais (hipótese em que se imagina uma dispensa por justa causa no emprego)? Esses questionamentos serão esclarecidos no decorrer do presente trabalho.

Para tal, necessário elucidar que não se pode realizar referido controle sem mencionar o princípio da proporcionalidade. Claro que referido princípio é comumente usado pelos administrativistas como forma de impedir o abuso de poder do agente

público, uma vez que Lei lhe conferiu essa possibilidade para o seu exercício funcional¹⁴.

No âmbito trabalhista a situação não se mostra diversa. Tem o empregador, através de seus prepostos (gerentes, diretores, conselheiros administrativos, etc) o dever de zelar pelo interesse da empresa. Mais que isso, o dever de atender aos objetivos institucionais da corporação, fazendo com que esta atinja seus objetivos no mercado, mantendo-se equilibrada e atuante.

O exercício do poder diretivo também precisa de restrições. Como a finalidade almejada, em regra, é o cumprimento de metas, razão pela qual a Consolidação das Leis do Trabalho conferiu esse poder ao dirigente e/ou proprietário da empresa, nasce, juntamente, o imperativo da limitação desse poder, para que sejam evitados abusos. Exatamente da mesma forma que sucede com o Direito Administrativo.

Por isso que o princípio da proporcionalidade se revela ambivalente. De um lado se busca justificar a decisão ao caso concreto (*Geeignetheit*) e, noutra ponta, aferir a necessidade daquela conduta assumida (*Erforderlichkeit*). Após a submissão desse filtro proporcional a conduta do empregador estará mais distante de alguma violação a direito fundamental.

Torna-se importante, então, salientar que o monitoramento do correio eletrônico do empregado pelo empregador encontra óbices constitucionais, como o direito à intimidade e à vida privada, que são direitos de personalidade garantidos ao empregado.

O direito à intimidade e à vida privada vem garantido na Constituição de 1988, em seu art. 5º., inciso X, nestes termos:

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 e à igualdade, nos termos seguintes:
[...]

¹⁴ Na verdade, o que nela se encontram são “deveres poderes”, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação de interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. (*In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 88*).

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Apesar dos termos intimidade e privacidade serem utilizados comumente como sinônimos na Língua Portuguesa, o dispositivo constitucional deixa claro que, juridicamente, correspondem a conceitos diferentes.

Leda Maria Messias da Silva¹⁵ define ambos os termos da seguinte forma:

[...] o direito à intimidade abrange fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua própria família pode desconhecer, como por exemplo, suas preferências sexuais, hábitos, vícios, dentre outros, enquanto o que diz respeito à vida privada, já abrange suas relações familiares e com terceiros, como interferir em empréstimo feito junto aos seus familiares ou obter informações sobre o saldo bancário do empregado; a todo momento estar a incomodá-lo no convívio com seus familiares, em horários destinados ao descanso, através de celular ou “bip” em atividades que não requerem tais aparatos; exigir certa conduta de sua parte, em períodos de recesso do trabalho, como, por exemplo, só tomar bebida “x” porque é de fabricação do empregador.

Assim, a intimidade compreende o círculo mais restrito da esfera privada e a privacidade o conjunto de informações próprias do indivíduo que ele possui a faculdade de exteriorizar ou não.

Desta forma, pode-se considerar que as informações trocadas por correio eletrônico fazem parte da intimidade do indivíduo, sendo protegidas pelo dispositivo constitucional.

Marco Antônio Villatore e Roland Rasson¹⁶ analisaram que “necessitamos ter em nossa mente que os Direitos de Privacidade e de Intimidade do empregado pode e deve existir sempre em harmonia com os Poderes do empregador, principalmente o Diretivo e o Fiscalizatório, e é possível que se tenha produtividade sem invadir o espaço de personalidade do empregado”.

Em relação ao e-mail particular, esta afirmação se mostra plenamente correta, posto que os trabalhadores têm direito à tutela de sua intimidade no ambiente de trabalho. Ressalte-se, entretanto, que ainda que o poder de direção do empregador não autorize ao mesmo violar o direito à intimidade do empregado, tal poder permite que

¹⁵ SILVA, Leda Maria Messias da. “Dano moral: direitos de personalidade e o poder diretivo do empregador”. **Revista Jurídica CESUMAR**, v. 4, n. Anual, p. 55-62, 2004, p. 58.

¹⁶ VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland. “Análise comparativa da limitação do poder de controle do empregador frente aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado sem prejuízo à atividade econômica”, in **Estudos de Direito Internacional – Anais do 5º. Congresso Brasileiro de Direito Internacional**, coordenado por Wagner Menezes. Volume XI, Curitiba: Juruá, 2007, p. 64.

aquele restrinja ou até mesmo proíba a utilização do correio eletrônico durante a jornada de trabalho.

Mário Antônio Lobato de Paiva¹⁷ leciona no mesmo sentido:

No que diz respeito ao correio eletrônico particular do empregador, é evidente que qualquer intromissão poderá ser considerada uma violação de direitos constitucionais do cidadão. Isso não obsta que a empresa imponha, levando-se em conta a faculdade diretora da relação trabalhista, a proibição ou restrição no que concerne à utilização do correio eletrônico particular durante a jornada de trabalho, configurando a desobediência à determinação uma espécie de não cumprimento das obrigações por parte do trabalhador, gerando as sanções fundamentadas nos incs. do art. 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que permitem a rescisão do vínculo empregatício no caso de reiteração.

Com relação à correspondência eletrônica corporativa, a realização do monitoramento material não parece invadir ou devassar a intimidade do empregado.

Como instrumento laboral, o e-mail corporativo deve apenas tratar de assuntos relacionados à relação de trabalho, não devendo conter informações pessoais, que devem ser tratadas em correio eletrônico próprio.

Sendo assim, as garantias de proteção constitucional à intimidade e à privacidade reservam-se à correspondência eletrônica pessoal, posto que, sendo o e-mail corporativo um instrumento de trabalho fornecido pelo empregador, não deve conter informações pessoais do empregado, não se encontrando, portanto, protegido por aquela garantia.

Por fim, o princípio da proporcionalidade pode solucionar a primeira indagação, qual seja, se o empregador, com seu poder de fiscalização, estaria autorizado a vasculhar o conteúdo da mensagem, bem como seus demais elementos textuais, a seu bel prazer?

Cremos que parcialmente. Como afirmado, o conteúdo do e-mail corporativo é de propriedade do empregador, ou seja, não suscita maiores esclarecimentos, vez que interessa a atividade laboral. Todavia, é preciso olhar com cautela, eis que informações sigilosas podem ser repassadas pelo e-mail particular, o que nos leva a crer que seria proporcional (no sentido de se adequar a necessidade e de se justificar no caso concreto) que o empregador estaria, da mesma forma, e em casos especiais, autorizado, inclusive, a monitorar o e-mail particular do empregado, ainda que o faça após autorização

¹⁷ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.*, p. 29.

judicial. Passemos agora a analisar a questão sob o prisma do direito ao sigilo de correspondência.

6. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM RELAÇÃO AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA

Em decorrência direta do direito à intimidade e à privacidade do cidadão, tornou-se indispensável garantir o segredo das comunicações pessoais. Estando certo seu caráter subjetivo, pessoal e confidencial, tornou-se imprescindível que a correspondência possuísse um dispositivo que a resguardasse da curiosidade e da má-fé de terceiros.

A Constituição de 1988, então, trouxe assegurado o sigilo de correspondência no art. 5º., inciso XII, *in verbis*:

Art. 5º [...]

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.*

Acerca desta garantia constitucional, explica José Afonso da Silva¹⁸:

Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de comunicação escrita, se interrompa seu curso e se escutem e interceptem telefonemas. [...]

A suspensão, sustação ou interferência no curso da correspondência, sua leitura e difusão sem autorização do transmitente ou do destinatário, fora das hipóteses excepcionais autorizadas no dispositivo constitucional, constituem as formas principais de violação do sigilo protegido.

O sigilo das comunicações pessoais, desta forma, significa que o conteúdo de uma carta, eminentemente de foro íntimo, e não de interesse de terceiros, seria uma forma reservada e privada de correspondência, que deve ficar alheia ao conhecimento de estranhos.

A proteção ao sigilo de correspondência é de tal forma importante que sua violação é considerada delito e tipificada no Código Penal, em seu artigo 151.

Para tratar da possibilidade ou não do monitoramento do correio eletrônico do empregado pelo empregador faz-se necessário novamente lembrar que o correio

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 440.

eletrônico pessoal possui as características de uma verdadeira correspondência convencional, enquanto o corporativo se configura como um instrumento de trabalho.

Desta forma, a proteção constitucional presente no artigo 5º, inciso XII, da Constituição de 1988 aplica-se ao e-mail pessoal, posto que neste se encontram informações particulares do indivíduo, sendo que o sigilo de tal meio de correspondência apenas poderá ser quebrado nos casos previstos em lei ou, porque não, como buscamos aprimorar a questão sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

O e-mail corporativo, entretanto, como instrumento de trabalho, não deve conter dados particulares dos empregados, somente conteúdo relacionado à sua atividade, não estando, desta forma, albergado pela proteção do inciso XII, art. 5º, da Constituição de 1988.

Assim, como o e-mail laboral se configura como instrumento de trabalho, entende-se não possuir o empregado o direito de pleitear o sigilo dessas comunicações frente ao empregador.

Noutro vértice, todavia, necessário esclarecer que a pessoa jurídica, por conta do princípio da igualdade, também é titular de direitos fundamentais, em especial o mesmo sigilo de correspondência¹⁹. Nesse contexto, por excelência, nasce o grande conflito de direitos fundamentais. Até mesmo porque detentoras de personalidade jurídica, merecem da ordem constitucional, a garantia de seus direitos, esses, para nós, fundamentais da mesma forma.

Portanto, quando nasce um conflito de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade já pode socorrer a questão, em que pese necessite, ainda, do auxílio de novas técnicas de interpretação, em especial, o princípio da vedação da proteção deficiente (*untermassverbot*).

¹⁹ Não há, em princípio, impedimento insuperável a que as pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originariamente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim não haveria porque recursar as pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Há casos ainda de direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não interferência estatal no funcionamento de associações (artigo 5º., XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX). (*In*: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 271).

Passamos, agora, a analisar a questão sob esse aspecto, o da colisão de direitos fundamentais.

7. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES: O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE (UNTERMASSVERBOT) COMO LIMITE DO LIMITE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após analisados os argumentos pró e contra a possibilidade de monitoramento da correspondência eletrônica do empregado pelo empregador, observa-se a existência de um conflito de direitos, quais sejam, o direito de propriedade e de personalidade da pessoa jurídica, bem como o poder diretivo do empregador *versus* o direito à intimidade e ao sigilo de correspondências do empregado.

Afirmando pertencer o direito à intimidade e à vida privada e o direito à propriedade, às liberdades públicas, com relação à colisão de direitos, explica Sandra Lia Simón²⁰:

O conteúdo dos direitos que integram o rol das liberdades públicas é bastante amplo. Muitas vezes, na efetivação de um deles, pode acontecer o confronto direto com outro, que tem, no ordenamento jurídico (normalmente, na Constituição), o mesmo patamar hierárquico. Ocorrerá, então, a chamada colisão de direitos.

Corroborando nosso entendimento de que a pessoa jurídica é titular de direitos fundamentais, convém citar Ingo Wolfgang Sarlet²¹:

Diversamente de outras Constituições, como é o caso da Lei Fundamental da Alemanha (artigo 19, III) e da Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 12.2), a CF não contém cláusula expressa assegurando a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas (ou entes coletivos, como preferem alguns) o que, todavia, não impediu a doutrina e jurisprudência de reconhecerem, de forma tranquila, tal possibilidade, ressalvada alguma discussão pontual sobre determinadas hipóteses e eventuais limitações decorrentes da condição de pessoa jurídica. Da mesma forma, recepcionada no direito constitucional brasileiro a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais (físicas ou singulares) não são titulares de todos os direitos, mas apenas aqueles direitos que lhes são aplicáveis por serem compatíveis com a sua natureza peculiar de pessoa jurídica, além de relacionados aos fins da pessoa jurídica, o que, todavia, há de ser verificado caso a caso.

²⁰ SIMÓN, Sandra Lia. *Op. cit.*, p. 122.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 222).

Dessa forma, não nos assombra a hipótese de estar discursando sobre um tema com posições únicas na doutrina, vez que é assente a possibilidade de o ordenamento conferir os mesmos direitos fundamentais às pessoas jurídicas.

Porém, como solucionar o conflito existente? Ficou claro que o conflito maior se localiza na aplicabilidade dos direitos fundamentais, seja naqueles que o Estado tem o dever de atuar, diretamente, ou, noutra ponta, o dever de se abster. Não diverso é o que ocorre com a colisão de direitos fundamentais aqui debatidas. Convém lembrar, de um lado o direito ao sigilo de correspondência da pessoa jurídica (um segredo qualquer que determine o aperfeiçoamento do produto final, por exemplo) e noutro, o mesmo e exato direito das pessoas físicas (empregados que possuem direito à intimidade de suas correspondências).

O Estado, ao julgar o caso através da prestação de serviços de tutela jurisdicional, coloca em xeque o princípio da razoabilidade/proporcionalidade. Exemplificando, até que ponto e qual seria o limite da imposição da violação da correspondência pessoal para revelar um segredo ou proteger uma informação importante da empresa?

Situação complexa. Mais uma vez convém citar Ingo Wolfgang Sarlet²²:

Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado – por meio da atuação de seus órgãos e agentes – corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição do excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 397.

A conclusão é que não se deve imprimir um limite ao direito fundamental por se tratar, no caso em análise, de pessoa jurídica, eis que perfeitamente detentora de direitos fundamentais. Ainda, comumente, o Tribunal Constitucional deve se valer do princípio da proibição da proteção deficiente para melhor compreender a própria ideia do princípio da proporcionalidade, no momento em que for proceder à ponderação dos princípios.

As inovações tecnológicas, principalmente o uso do correio eletrônico corporativo, trazem facilidades ao cotidiano de empregados e de empregadores que não podem ser negadas. Entretanto, como já visto, esse novo instrumento de trabalho acabou levando à colisão de direitos.

Nenhum dos direitos envolvidos na questão - direito à intimidade, direito ao sigilo de correspondências, direito à propriedade e poder de subordinação - são absolutos. Desta forma, frente ao possível conflito de direitos, é importante a busca de soluções razoáveis que tragam uma fórmula pacificadora entre os sujeitos e seus direitos e o bem jurídico protegido. Frente a esse conflito, mais uma vez, o Princípio da Razoabilidade que, segundo Ricardo José Engel²³:

Significa a busca no meio termo na investigação das relações entre meios e fins. O razoável é o justo, o adequado, o pensado satisfatoriamente, o conforme a razão. Não, contudo, a uma razão fundada na lógica matemática, puramente formal, senão uma razão sedimentada na lógica do razoável, do humano, da vida humana.

Sendo assim, a solução que se mostra mais viável frente ao conflito de direitos ocorrido, seria a regulamentação do uso da informática no local de trabalho com a prévia ciência do empregado quanto ao possível monitoramento da utilização da internet bem como da correspondência eletrônica corporativa ou, em alguns casos, até pessoal.

O empregador, possuindo poder de regulamentação, pode estabelecer normas sobre o uso da rede e dos meios de informática no local de trabalho. Adriana Carrera Calvo²⁴ leciona:

Esta política, que pode ser uma norma coletiva ou um Termo Aditivo ao contrato de trabalho (como permite o artigo n.º 444 da CLT), deve tratar não

²³ ENGEL, Ricardo José. **O Jus Variandi no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 39.

²⁴ CALVO, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2008.

apenas de dar ciência ao empregado de que a rede, o equipamento, o nome de usuário e senha que usa são propriedade da empresa e que seu tráfego é continuamente monitorado, como também explicitar para ele o que será aceito ou não como conduta nas comunicações eletrônicas, suas responsabilidades e deveres quanto ao sigilo dos dados e documentos que manipula e tem acesso.

Observa-se, assim, que o empregador tem um importante instrumento para evitar futuros problemas acerca do monitoramento da correspondência eletrônica de seus empregados. Grande parte da doutrina entende que, sendo dada prévia ciência ao empregado de que o correio eletrônico corporativo é propriedade da empresa, não podendo ser utilizado para fins particulares, se acaso o empregado utilizá-lo para envio de mensagens com conteúdo pessoal, posterior monitoramento não configurará violação à intimidade do mesmo. Entende-se, neste caso, que o empregado, ao utilizar o correio eletrônico corporativo, mesmo sabendo que está sujeito à monitoração, abre mão do seu direito à intimidade.

Noutra ponta, se o empregado envia um segredo da empresa através do seu e-mail particular, os monitoramentos nesse caso, atendidos os critérios do princípio da proporcionalidade e o princípio do *untermassverbot*, pode ser revelado como possível solução do impasse.

Entretanto, sendo a Internet, atualmente, um veículo imprescindível tanto para a comunicação quanto para a possibilidade de informação das pessoas, não seria interessante que a empresa proibisse o acesso à rede para fins particulares de forma absoluta. Muitas empresas, entendendo que a permissão para o uso da Internet no local de trabalho para atividades não relacionadas a ele serve de estímulo ao empregado a ponto de aumentar a produtividade do mesmo, permitem que seus empregados pesquisem na rede mundial de computadores ou utilizem seu correio eletrônico particular em horários predeterminados, fora do expediente normal ou mesmo nos períodos de intervalo.

Neste sentido é a observação de Marco Aurélio Aguiar Barreto²⁵:

Há notícias de que já existem empresas que estão investindo em reestruturação e criando espaço do tipo cyber café, a fim de possibilitar que

²⁵ BARRETO, Marco Aurelio Aguiar. **Poder diretivo do empregador. Validade jurídica do monitoramento de correio eletrônico.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 40, 30/04/2007 [Internet] Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1746> Acesso em 03 de janeiro de 2008.

nos intervalos o empregado possa fazer uso da internet para uso particular. É um investimento que reduz custos, porque, assim, a empresa passa a ter o empregado mais concentrado em sua atividade durante a jornada normal de trabalho.

Especificamente quanto ao correio eletrônico, Mário Antônio Lobato de Paiva²⁶ denomina a liberdade de utilizar os equipamentos da empresa para fins particulares de “uso social do e-mail”.

Não restam dúvidas de que o estabelecimento de um horário para o empregado utilizar a Internet e o e-mail pessoal para fins particulares, proporciona um meio ambiente mais agradável no trabalho. Não se pode esquecer que o trabalhador não é uma máquina repetidora de ações voltadas à produtividade, mas, um ser humano dotado de sentimentos e necessidades que devem ser respeitadas. A empresa moderna, além de buscar a produtividade e o aumento de capital, deve ter como objetivo um ambiente atrativo e socialmente agradável para o seu empregado.

Vale destacar, também, que a Constituição de 1988 traz o valor social do trabalho como fundamentos da República e da Ordem Econômica (respectivamente artigos 1º., inciso IV, e artigo 170, *caput*) fazendo com que a criação de um ambiente de trabalho que preserve a dignidade da pessoa humana não seja uma faculdade do empregador, mas um objetivo que este deve buscar no exercício de sua atividade empresarial.

Importante salientar, entretanto, que assim como a impossibilidade de acesso à Internet e ao correio eletrônico corporativo para fins particulares deve estar claramente estabelecido no regulamento da empresa, bem como ser previamente informado ao empregado, o uso social da Internet bem como o uso social do e-mail também devem ser especificadas pela empresa no mesmo documento para que não restem dúvidas das proibições e permissões. Estabelecido no regulamento de forma clara os horários e o tempo de uso do equipamento para fins particulares evita-se que o empregado possa alegar em posterior ação trabalhista que ficava à disposição do empregador nos períodos de intervalo.

²⁶ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Op. cit.*, p. 31.

8. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO E A POSSIBILIDADE DE DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO

Cabe agora indagar se o uso indevido do correio eletrônico pode ensejar despedida do empregado com justa causa.

Primeiramente, entende-se por justa causa todo ato faltoso, de natureza grave, praticado por uma das partes que compõem a relação de trabalho, empregado ou empregador, que autorize a outra parte a rescindir imediatamente o contrato, sem ônus para o denunciante.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 482, traz o rol taxativo das razões para a dispensa por justa causa.

Observando as hipóteses arroladas na lei, percebe-se que o uso indevido do correio eletrônico pode constituir justa causa para o rompimento do contrato de trabalho pelo empregador, podendo esta atitude do empregado, dependendo da situação, enquadrar-se em mais de uma alínea do citado artigo. Sobre essa possibilidade, explica Marco Aurélio Aguiar Barreto²⁷:

[...] os equipamentos, softwares e instalações compõem o acervo patrimonial da empresa. Considerando a existência de cláusula expressa no contrato de trabalho dispondo que os equipamentos e sistemas informatizados somente podem ser utilizados para fins de trabalho e que sua utilização será monitorada, da mesma forma que o envio e recebimento de e-mails e acesso a páginas não autorizadas, será o suficiente para que o comportamento do empregado enseje seu despedimento por justa causa. Em princípio, a dispensa poderá ser por ato de indisciplina, face o descumprimento de norma da empresa (art. 482, “h” da CLT). E, diante da averiguação de que o empregado estaria comprometendo boa parte de sua jornada de trabalho navegando por sites diversos de sua atividade de trabalho, bem como acessando e-mails pessoais, pode ser o mesmo enquadrado por ato de desídia no desempenho de suas funções, especialmente, se do atraso no empenho ou pela falta de empenho, decorreu prejuízos para a empresa (art. 482, “e”, da CLT).

Acerca do valor probatório das provas obtidas por meio do monitoramento eletrônico, entende-se que a licitude das provas é determinada pela validade do controle efetivado pelo empregador. Explica-se: se o controle do empregador for feito com a prévia ciência do empregado e em seu e-mail corporativo, as provas advindas desse controle serão lícitas; entretanto, se acaso o controle for feito em correio eletrônico pessoal do empregado, antes de ser considerado ilícito, convém atentar para o princípio

²⁷ BARRETO, Marco Aurelio Aguiar. *Op. cit.* p. 56

da proporcionalidade, posto que exista a possibilidade de se ferir, porque não, as garantias constitucionais (direitos fundamentais) da própria corporação.

Importante ressaltar, por fim, a necessidade imperiosa do conhecimento pelo empregado do monitoramento a que está sendo submetido. Essa atitude demonstra a presença da boa-fé do empregador na relação de trabalho, gerando segurança ao empregado, bem como uma esfera de confiabilidade mútua no ambiente laboral.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços da tecnologia, o advento da informática e a popularização do uso da Internet trouxeram inúmeros benefícios e também novos problemas para diversos setores da sociedade, especialmente para o universo jurídico.

As inovações tecnológicas ocorrem muito rapidamente, não sendo acompanhadas pelo Direito, que necessita de um maior tempo para se adaptar às mudanças ocorridas.

O correio eletrônico nos traz um exemplo dos efeitos da falta de uma regulamentação específica, uma vez que a inexistência de uma norma regulamentadora para disciplinar seu uso no ambiente de trabalho acabou levando a colisão de direitos: o direito à intimidade e à vida privada e o conseqüente direito ao sigilo de correspondência *versus* o direito de propriedade e o poder de subordinação do empregador, dentre outros mencionados no presente trabalho.

Tendo em vista a omissão legislativa acerca do assunto, necessita-se definir de que modo o controle dos correios eletrônicos do empregado possa ser realizado sem que configure abuso do poder diretivo do empregador ou mau procedimento por parte do empregado.

Entendemos que a solução mais viável é o empregador, utilizando o poder de direção que lhe é assegurado, editar regulamento determinando o uso desta ferramenta de trabalho no ambiente laboral, informando ao empregado, no ato da contratação, a existência desta norma e o seu conteúdo.

Entretanto, como não há entendimento pacífico nesta seara, a solução para o conflito entre as garantias constitucionais dependerá do posicionamento adotado pelo magistrado no caso concreto.

Assim, para que haja uma efetiva segurança jurídica tornam-se imprescindíveis normas específicas que tratem da regulamentação da informática no ambiente de trabalho. Somente com a edição de tais leis poderá ser possível garantir o equilíbrio nas relações entre empregado e empregador, sem que haja o desrespeito a nenhum direito assegurado constitucionalmente.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BARRETO, Marco Aurelio Aguiar. **Poder diretivo do empregador. Validade jurídica do monitoramento de correio eletrônico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 40, 30/04/2007 [Internet] Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1746>

Acesso em 03 de janeiro de 2008.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

CALVO, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2008.

DRUMMOND, Victor. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

ENGEL, Ricardo José. **O “Jus Variandi” no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. “O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho”. *R. CEJ*, Brasília, n. 19, p. 24-39, out./dez. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Leda Maria Messias da. “Dano moral: direitos de personalidade e o poder diretivo do empregador”. **Revista Jurídica CESUMAR**, v. 4, n. Anual, p. 55-62, 2004.

_____. **Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador. Abrangência e limitações**. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/transf_trabalho_leda_messias_da_silva.pdf> Acesso em 03 de janeiro de 2008.

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

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. **E-mail (...net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado**. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>> Acesso em: 20 de dezembro de 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland. “Análise comparativa da limitação do poder de controle do empregador frente aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado sem prejuízo à atividade econômica”, *in Estudos de Direito Internacional – Anais do 5º. Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, coordenado por Wagner Menezes. Volume XI, Curitiba: Juruá, 2007, p. 53-65.