

UNIPAC – Universidade Presidente Antônio Carlos

O CONTROLE DO CORREIO ELETRÔNICO PROFISSIONAL

Juiz de Fora
2010

O CONTROLE DO CORREIO ELETRÔNICO PROFISSIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito
como requisito parcial para obtenção
do título.

Juiz de Fora
2010
Vivian Lúcia Rivelli de Oliveira

VIVIAN LÚCIA RIVELLI DE OLIVEIRA

O CONTROLE DO CORREIO ELETRÔNICO PROFISSIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito
como requisito parcial para obtenção
do título.

Orientadora: Professora Carmen
Lúcia

Comissão Examinadora:

Juiz de Fora, 07 de junho de 2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	6
A utilização da informática.....	7
LINHAS GERAIS SOBRE CORREIO ELETRÔNICO.....	8
A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DA	9
CORRESPONDÊNCIA NO MUNDO.....	
Tratados e convenções internacionais.....	10
Constituições Europeias.....	11
América do Norte.....	11
América Latina.....	12
NATUREZA TÉCNICA DO E-MAIL.....	13
Natureza Jurídica do correio eletrônico.....	15
MODALIDADES DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	18
Monitoramento do e-mail pessoal acessado no ambiente de trabalho.....	19
Monitoramento do e-mail profissional.....	21
Monitoramento do e-mail profissional enviado.....	22
Correio eletrônico profissional recebido.....	23
O EMPREGADOR X O EMPREGADO QUANTO AO DIREITO À INTIMIDADE.	25
O CONTROLE DO E-MAIL PELO EMPREGADOR.....	28
DIRETRIZES PARA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NO	31
AMBIENTE DE TRABALHO.....	
Comunicação Sindical.....	31
Comunicação com fins não profissionais.....	31
Controle e vigilância das comunicações.....	32
Condições relativas ao uso de ferramentas informáticas – os empregados têm o	32
direito de usar as ferramentas informáticas da empresa com as seguintes	
condições.....	
Outras premissas.....	32
CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

INTRODUÇÃO

Não há como negar a importância da informática para o mundo.

Da mesma forma, não há como negar o estrito vínculo que se criou entre a informática e o direito.

A cada dia, uma série de novas situações tem surgido aos profissionais do direito levando-os a grandes desafios.

O fenômeno da informatização, o qual já se encontra consolidado na sociedade brasileira e, principalmente, em âmbito mundial, passou a ter ainda maior importância nos últimos anos, com o surgimento e a expansão daquilo que chamamos de "Internet".

Esta se torna um evento cada vez mais presente em nosso cotidiano. O espantoso crescimento da Web e a sua difusão em todo o mundo já não podem ser ignorados pelo ordenamento jurídico.

A "febre" que surgiu mundialmente deve-se ao incrível mundo de informações, curiosidades e lazer, ao qual o usuário tem acesso dos mais inusitados pontos do planeta. Com isto têm-se verificado uma miscigenação de culturas, dados e descobertas numa velocidade espantosa.

Senso assim, o principal desafio do presente trabalho monográfico será o de estabelecer a discussão sobre o monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho, através de um enfoque legal, doutrinário e jurisprudencial.

Posto isto, mister se faz analisar, desde logo, o como a informática influencia no ordenamento jurídico nacional e, a partir daí, como se dá a influência dentro do Direito do Trabalho.

Por último, é preciso salientar que a presente monografia não tem a pretensão de esgotar o tema, mas analisá-lo, de forma objetiva, a fim de demonstrar a importância do mesmo dentro do âmbito trabalhista, principalmente porque a correspondência eletrônica é uma realidade não restrita ao Brasil, mas ao mundo inteiro.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em meados dos anos 60 e 70, para agilizar e garantir o funcionamento e principalmente a segurança das informações contidas nos computadores utilizados para fins militares, os Estados Unidos desenvolveram um sistema de interligação daqueles em rede.

Tal projeto inicial buscava estabelecer um sistema de informações descentralizado e independente de Washington, para que a comunicação entre os cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque à capital americana durante a Guerra Fria. Preliminarmente com a denominação de ARPANET, era uma rede fechada, à qual só tinham acesso os funcionários do Departamento de Defesa dos EUA, que, com o tempo, também passaram a utilizar a rede para enviar mensagens eletrônicas através de caixas de correio pessoais, o atual e-mail.

O mesmo sistema de interligação de redes locais veio posteriormente a ser utilizado pelas universidades americanas e laboratórios de pesquisa.

Este conceito de interligação de redes locais foi o que deu origem à rede mundial de computadores, denominada hoje como Internet. Com o seu advento, o mundo viu nascer um campo inteiramente novo no que diz respeito às relações entre os indivíduos, sejam elas pessoais, profissionais, ou jurídicas.

No Brasil, a Internet chegou em 1988, sendo inicialmente restrita, como nos EUA, a universidades e centros de pesquisa, até que a Portaria nº. 295, de 20.07.95, possibilitou às empresas denominadas “provedores de acesso” comercializarem o acesso à INTERNET.

Trata-se de um espaço teoricamente anárquico, ou seja, um meio de comunicação sem regras, onde tudo é virtualmente possível. Porém, ante o enorme e crescente número de usuários no mundo, bem como o montante de dinheiro que circula e as inúmeras relações jurídicas que se estabelecem a cada dia, surgiu a necessidade de se aplicar o Direito a este ambiente. Ressalte-se, que o espaço que estamos falando não possui barreiras físicas, pelo simples fato de ser ele virtual, de onde conclui-se que a tão falada globalização já é inerente à Internet, sendo que as relações derivadas da rede têm um aspecto supra nacional, ficando extremamente delicado regular juridicamente este ambiente. É até contraditório falar da aplicação

do Direito em um local desprovido e resistente a regulamentos, porém o futuro chegou, e o Direito precisa estar plenamente capacitado para enfrentá-lo.

As sociedades não são entidades estáticas, evoluindo continuamente com o passar dos tempos, de forma que o Direito, ao visar regular os hábitos e atividades sociais, deve necessariamente acompanhar esta evolução, alterando ou dando novas interpretações às regras jurídicas existentes em cada país.

Competindo ao Direito regular as relações entre os indivíduos, dando-lhes segurança e estabilidade nas relações jurídicas que estabelecem, também a ele compete a regulamentação das relações que se originam das facilidades proporcionadas pela Internet, visto que já se constituem numa realidade no dia a dia daqueles que utilizam a Internet nas suas transações, seja através de uma releitura de suas regras, seja por meio da edição de novas normas que permitam lidar satisfatoriamente com esta nova realidade.

1.1 A UTILIZAÇÃO DA INFORMÁTICA

Antes de iniciarmos o estudo do objeto da presente monografia propriamente dito, faz-se necessário tecermos alguns comentários de extrema relevância do que seja este reflexo da informática no direito.

É cediço que a internet trouxe ao cotidiano das pessoas muitas facilidades, como por exemplo, comunicações mais rápidas, por meio mais fácil.

Em outras palavras, a internet aproximou pessoas e povos, por mais distantes que estejam uns dos outros.

Entretanto, com as facilidades, vêm também as dificuldades.

Por exemplo, para o ordenamento jurídico, a internet acabou por trazer inúmeros questionamentos, dentre os quais, até mesmo a criação de um novo ramo do direito, qual seja: o Direito de Informática.

Uma das questões mais intrigantes é a utilização, da internet, no ambiente de trabalho, principalmente no que concerne o acesso aos correios eletrônicos.

Contudo, para que se possa fazer uma abordagem jurídica a este respeito, mister, inicialmente, entender o que seja o correio eletrônico.

2 LINHAS GERAIS SOBRE CORREIO ELETRÔNICO

O correio eletrônico, mais conhecido como *e-mail*, nasceu por volta dos anos 70, através da transmissão de uma mensagem que foi efetuada entre dois computadores, em Cambridge, numa forma experimental.

O inventor do correio eletrônico, chamado Ray Tomlison, a fim de diferenciar-se no computador em que trabalhava, lançou mão do famoso símbolo arroba “@”, que em inglês, significa “em tal lugar”.

Sendo assim, nasceu um dos mais importantes, rápidos e econômicos meios de correspondência que, atualmente, é enviado e recebido por milhares de pessoas no mundo todo, todos os dias, senão, a cada minuto.

Feitas estas primeiras considerações, pode-se dizer que o *e-mail* pode ser conceituado como sendo um mecanismo disposto através de meio eletrônico e que tem como objetivo principal transmitir conteúdos.

Em outras palavras, é um sistema pelo qual se pode receber e, da mesma forma, enviar mensagens através de uma caixa de correio de certa pessoa até a uma outra, várias pessoas simultaneamente.

Nas palavras de Ivette Senise Ferreira ¹ o *e-mail* possui as seguintes características:

- 1 - Um meio eletrônico (utiliza meios eletrônicos de gestão e transporte);
- 2 - Assíncrono (não necessita sincronia de envio e recepção);
- 3 - Ubíquo (permite seu acesso em diferentes lugares);
- 4 - Digital (utiliza informação digitalizada);
- 5 - Informático (tem estreita relação com as tecnologias de informação).

Ainda, segundo ela², suas principais vantagens são:

- 1 - Rapidez;
- 2 - Confiabilidade na recepção e envio de mensagens;
- 3 - Facilidade de arquivo, reenvio e integração;
- 4 - Baixo custo

A Lei Modelo das Nações Unidas sobre Comércio Eletrônico de 1996 estabelece que:

¹ FERREIRA, Ivette Senise. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Novas Fronteiras do Direito na Era Digital*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178.

² *Idem*, p. 179.

Por mensagem de dados se entenderá a informação gerada, enviada, recebida e arquivada ou comunicada por meios eletrônicos, óticos ou similares, dentre outros como o intercâmbio eletrônico de dados (EDI), o correio eletrônico, o telegrama, o telex ou o telefax (Art.2, inc. a).

Portanto, atualmente, qualquer pessoa, de posse de um computador, um programa de comunicação e um *modem* para a linha telefônica é possível estabelecer contatos, além de receber e enviar mensagens, independentemente de onde a outra pessoa estiver, necessitando apenas conhecer o endereço eletrônico do destinatário escolhido. Por isto dizer-se que o *e-mail* é o modelo de comunicação moderna.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DA CORRESPONDÊNCIA NO MUNDO

Existe uma série de normas, tanto nacionais, como internacionais, que dão proteção à inviolabilidade do correio.

No Brasil, o artigo art. 5º, XII da Constituição Federal, apregoa que:

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.

Do artigo acima, vê-se que o bem protegido pela Constituição é exatamente a liberdade das comunicações, bem como a reserva sobre a comunicação que é emitida e, mais, reservando-se a independência do que contido no mesmo.

Posto isto, tanto a interceptação em sentido estrito, ou seja, com a apreensão física do suporte da mensagem, bem como pelo simples conhecimento antijurídico do comunicado, isto é, abertura da correspondência alheia aguardada por seu destinatário.

3.1 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Internacionalmente, a proteção dada é feita através de convenções e tratados internacionais como, por exemplo, o das Organizações das Nações Unidas que em seu artigo 12 esclarece:

Artigo 12. Nada será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra tais ingerências ou ataques.

O direito ao sigilo foi também incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civil, em 1966 que, apregoa no artigo 17:

Artigo 17 - Nada será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua vida familiar, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação. 2. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

Da mesma forma, na Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 10 assevera: “Artigo 10 – Toda a pessoa tem direito a inviolabilidade e circulação de sua correspondência”.

No Pacto de São José da Costa Rica prevê em seu artigo 11:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade
2 - Nada pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação.
3 - Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

Vale ressaltar, também, que a Convenção Européia de Direitos Humanos, em seu artigo 8 dispõe: “Artigo 8 - 8.1. Toda a pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência”.

3.2 CONSTITUIÇÕES EUROPÉIAS

A Constituição Italiana em seu artigo 15 prescreve: “Artigo 15 - A liberdade e o segredo da correspondência ou de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis”.

Já na Constituição Alemã, consagra, em seu artigo 10: “Artigo 10: 1 - Será inviolável o segredo da correspondência (Briefgeheimnis), assim como o do correio e telégrafos”.

Na Espanha, a Constituição Federal prevê:

Artigo 18.

3 - Será garantido o segredo das comunicações, e, em especial, a dos postais, telegráficos e telefônicos, salvo resolução judicial.

4 - A lei limitará o uso da informática para garantir a honra a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e do pleno exercício de seus direitos.

3.3 NA AMÉRICA DO NORTE

A Constituição Federal norte-americana não contém, expressamente, nenhuma disposição que proteja o direito ao sigilo das correspondências.

Todavia, através das Emendas IV e V este direito tem sido desenvolvido tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina.

Desta forma, as normas constitucionais em matéria de proteção a privacidade são as seguintes:

IV Emenda - O direito dos indivíduos a estarem protegidos contra as buscas não razoáveis a sua pessoa, casa, documentos e efeitos pessoais não serão violados. Nenhuma ordem judicial poderá ser emitida sem causa provável apoiada por declaração juramentada, e deverá descrever expressamente o lugar a ser registrado e as pessoas que serão detidas.

V Emenda - Nenhuma pessoa.... será compelida em nenhum caso criminal, a ser testemunha contra si mesmo.

Porém, quanto à proteção da correspondência na internet, uma das normas mais importantes é a Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas.

3.4 NA AMÉRICA LATINA

A Constituição Federal do Equador reconhece o direito a inviolabilidade da correspondência em seu artigo 23:

Artigo 23 - Sem prejuízo dos direitos estabelecidos em sua constituição e em seus instrumentos internacionais vigentes, o Estado reconhecerá e garantirá as pessoas o seguinte:

13 - A inviolabilidade e o segredo da correspondência. Esta só poderá ser retida, aberta e examinada nos casos previstos na lei. Será guardado em segredo os assuntos alheios ao feito que motivem seu exame. O mesmo princípio será observado com respeito a qualquer outro tipo de forma de comunicação.

Já a Constituição chilena apregoa em seu artigo 19:

Artigo 19 - A Constituição assegura a todas as pessoas:

N 5 - A inviolabilidade de violar de toda a forma de comunicação privada. A violação só poderá ser feita nas comunicações e documentos privados interceptando-se, abrindo-se nos caso e formas determinados pela lei.

A Constituição da Colômbia dispõe, em seu artigo 15: “Artigo 15. A correspondência e demais formas de comunicação privada são invioláveis. Só podem ser interceptadas ou registradas mediante ordem judicial, e nos casos e com as formalidades estabelecidas em lei”.

Já no Peru, a Constituição Política consagra o direito a inviolabilidade da correspondência em sue art. 10.

Vejamos:

10. O segredo e a inviolabilidade de suas comunicações e documentos privados. As comunicações, telecomunicações e seus instrumentos só podem ser abertos, incautos, interceptados ou sofrerem intervenção através de ordem judicial motivada do juiz, com as garantias previstas em lei.

Há, ainda, a Constituição da República Bolivariana da Venezuela que se refere, em seu artigo 48, sobre o segredo das correspondências que:

Artigo 48. Será garantido o direito ao segredo e inviolabilidade das comunicações privadas em todas as suas formas. Não poderão ser interferidas sem ordem de um Tribunal competente, com o cumprimento das

disposições legais e preservando-se o segredo privado que não guarde relação com o correspondente processo.

Pelo que foi visto até aqui, pode se constatar que, no que se refere ao direito a privacidade ao envio de correspondência, este direito é regra comum nas legislações e tratados da maioria dos países.

Daí surge o questionamento em relação aos atos de alguns empregadores em relação aos seus empregados, no que concerne a possibilidade destes últimos poderem utilizar, no trabalho, o correio eletrônico.

4 A NATUREZA TÉCNICA E JURÍDICA DO E-MAIL

4.1 A NATUREZA TÉCNICA DO E-MAIL

A privacidade do empregado não pode ser confundida, no que concerne às suas correspondências e atividades privadas, com o uso informática no ambiente de trabalho.

Portanto, a internet não é um ambiente diferente do mundo real, pois, a mesma é apenas um meio mais rápido de se fazer tudo o que já se fazia antes através dos meios tradicionais.

Assim sendo, através da internet é possível até mesmo ouvir rádio, ver televisão, ver fotografias, ler revistas e jornais e receber e enviar *e-mails*, ou correio eletrônico, que guardam semelhança com as tradicionais cartas.

Posto isto, questiona-se: o e-mail é ou não uma correspondência? Se sim, trata-se de uma correspondência aberta ou fechada? Ainda, consiste em endereço privativo do usuário?

Para estas perguntas, há aqueles que defendem a tese de que não poderia ser uma correspondência aberta, não se confundindo com um quadro de mensagens

público, uma vez que somente o destinatário tem acesso às mensagens enviadas, através do uso de uma senha.

Por outro lado, há os que defendem que cartas são fechadas, ao passo que o *e-mail* não tem esta proteção, uma vez que esta é a função da senha que se digita para abrir a caixa postal porém, a senha apenas protege a caixa postal, baixadas, todas as mensagens podem ser vistas quantas vezes forem necessárias, sem o fornecimento de qualquer outra informação ou senha que identifique o leitor.

Indaga-se, então: O e-mail é comercial ou pessoal? Da mesma forma, há aqueles que argumentam que seria semelhante a uma correspondência comercial, já que o e-mail leva o nome da empresa e que a sigla @ significaria em "atenção a", isto é, o e-mail é endereçado para a empresa, em atenção ao empregado. Posto isto, a empresa pode adotar o mesmo procedimento aplicado em relação às cartas comerciais. Em outras palavras, qualquer um da empresa poderia abri-las, já que se trata de documento comercial da empresa, que não enseja expectativa de privacidade e intimidade.

Poderia também ser comparado a um cartão postal, já que a Internet é um veículo aberto?

Demócrito Filho³ adverte: "Os técnicos em informática advertem que a internet é um ambiente público, no qual não há expectativa de privacidade. Somente as mensagens criptografadas poderiam ser entendidas como veículos próprios para a manutenção da privacidade entre as partes".

Poderia, ainda, perguntar: o correio eletrônico equipara-se a uma conversa telefônica, já que a internet é um veículo que se utiliza da rede telefônica? Contudo, sabe-se que atualmente a tecnologia avançou muito e não poderia ser fazer tal afirmação geral.

E, mais: pode ser entendida como um conjunto de dados? Alguns defendem que sim, já que a informática é um conjunto de dados, ou seja, de símbolos.

Por último, a grande maioria defende que não havendo legislação regulando o assunto, a natureza técnica do e-mail é *sui generis*.

³ REINALDO FILHO, Demócrito. *Direito da Informática: Temas Polêmicos*. São Paulo: Edipro, 2005, p. 135.

4.2 A NATUREZA JURÍDICA DO CORREIO ELETRÔNICO

Uma das grandes questões que tem movido a discussão na comunidade jurídica é a que diz respeito à inviolabilidade da informação contida nos correios eletrônicos. Muito se fala sobre a falta de legislação no que tange a internet no Brasil.

Daí é que se questiona: Seria a confidencialidade destes, equiparados com aquela existente para a correspondência tradicional?

É cedo, ao menos pelos operadores do Direito, que no Brasil, não existe uma legislação específica em relação ao assunto.

A transmissão de dados pela internet poderia ser caracterizada, então, como uma troca de correspondência e, por tal, capaz de autorizar o sigilo tratado no art. 5º, XII da Constituição Federal e da Lei 6.538, de 22.06.1978 que trata dos serviços postais no Brasil?

O referido dispositivo legal constitucional acima referido vem suscitando controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias quanto à interpretação do mesmo.

Segundo o mesmo:

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 e instrução processual penal.

Sobre o dispositivo acima, Adriana Calvo argumenta que:

O ponto discordante e que a hermenêutica jurídica ainda não conseguiu tornar pacífico, versa sobre o "último caso" enunciado pelo inciso. Que último caso seria este? Compreenderia tal expressão apenas as comunicações telefônicas ou estas perfariam uma unidade, um conjunto com "dados" em decorrência da conjunção "e"? Se coubesse ao inciso restringir-se às comunicações telefônicas, elencaria da seguinte forma: correspondência, comunicações telegráficas, dados, comunicações telefônicas. Mas, ao invés de preferir a vírgula após o substantivo "correspondência", o legislador constituinte preferiu a conjunção aditiva "e", compondo uma unidade integrada por correspondência mais comunicações telegráficas.

Daí editou-se a Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, a fim de dirimir estas dúvidas. O "último caso" para o qual se admite interceptação da comunicação nos termos constitucionais, corresponderia a dados e comunicações telefônicas?

O parágrafo único do art. 1º desta lei prevê que:

A interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, sob requerimento de sigilo de justiça. Parágrafo único: O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação de comunicações de sistemas e em telemática.

O Ministro Luiz Vicente Cernichairo, do Superior Tribunal de Justiça adverte que:

A Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996, regulamenta o inciso XII, parte final do art. 5º da Constituição Federal - trata da interceptação de comunicações telefônicas, aplicando-se também ao fluxo de comunicações em sistemas de telemática. O legislador mostrou-se cauteloso. Adotou o sistema da verificação prévia, ou seja, nenhuma interceptação será lícita, se o Juiz não autorizá-la.

Contudo, a Lei nº 9.296/96, ao contrário de solucionar as controvérsias, acabou por levantar outras, pois grandes doutores forenses bradam contra o parágrafo único do seu art. 1º alegando sua inconstitucionalidade.

Conforme explica Adriana Calvo⁴:

A doutrina entende que a comunicação de dados pode ser interceptada da mesma forma que as comunicações telefônicas, porque ambas possuem uma característica em comum: a instantaneidade, ou seja, consumadas as mesmas, nada sobra que possa ser retido como instrumento de prova de um ilícito penal, como ocorre com a correspondência e o telégrafo, hipóteses que permitem a apreensão de objetos tangíveis, quais sejam, a carta e o telegrama, suscetíveis de propiciarem uma investigação eficaz. Assim, um delito pode ser planejado, executado, bem sucedido e até comemorado no ciberespaço, sem que qualquer informação fique inexorável e indelevelmente arquivada em qualquer lugar, podendo prejudicar a produção de provas contra os executores desse delito. Diante disso, para evitar que criminosos ficassem à margem e a salvo da lei, protegidos por um eventual arcaísmo do Direito, é que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96 abrangeu a comunicação de dados como passível de interceptação legal. Primando a comunicação pela instantaneidade, pela fugacidade, urge sua interceptação nos termos legais, i.e., quando houver

⁴ 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>>. Acesso em: 15.01.09.

real necessidade em investigação criminal e instrução processual penal e mediante ordem judicial.

Posto isto, quando da forma de comunicação resultar algo tangível, perceptível materialmente e que, conseqüentemente, possa ser apreendido para fins de investigação ou processo criminal, o sigilo será absoluto, ou seja, a comunicação não pode ser interceptada, como acontece com a correspondência, com a comunicação telegráfica e mesmo com a comunicação de dados em sistemas informáticos quando estes repousam em bancos ou arquivos próprios.

Entretanto, há ainda quem considere inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96. Desta forma, o último caso de que fala o inciso XII, do art. 5º, da CF/88, restringir-se-ia a comunicações telefônicas, pois estas vêm por último, por derradeiro, no breve elenco de formas de comunicação integrantes do inciso supracitado.

Sendo assim, para pensar em quebra de sigilo de comunicação, é preciso que sejam preenchidos cinco requisitos:

- 1 - a instantaneidade da mesma;
- 2 - a existência de fortes indícios da autoria ou participação em infração penal;
- 3 - a ordem judicial competente; o procedimento plenamente vinculado (à Lei nº 9.296/96);
- 4 - e o fim legítimo (impossibilidade da prova ser feita por outros meios disponíveis).

Sobre a questão de ser ou não o e-mail uma correspondência fechada, questiona-se que o mesmo não está entre os objetos descritos na Lei nº 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais e em seu artigo 7º, parágrafo 1º relaciona o que é passível de ser chamado de objetos de correspondência, entre os quais temos apenas carta, cartão-postal, impresso, cecograma e a pequena-encomenda.

E, mais, segundo esta lei, a definição de carta, em seu artigo 47, expressa:

Ser este objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial ou qualquer outra que contenha informação de interesse específico do destinatário.

E não se pode olvidar que, de acordo com a Constituição Federal, em seu art. 21, X e com o artigo 2º da mencionada Lei, os serviços de correio são aqueles

explorados em caráter exclusivo pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

Portanto, a Lei e Constituição impedem que servidores prestem serviço postal e de telegrama. Desta maneira, é até possível afirmar que tais prestadores de serviços não desenvolvem atividade que, pelo ordenamento legal, é reservada ao Estado e que, portanto, os correios eletrônicos não se confundem com a definição de carta e telegrama tratada na Lei.

O Ministro Nelson Jobim, do Superior Tribunal Federal, comentou a tendência deste em considerar a violação do e-mail não como violação de correspondência, mostrando a tendência de não se equiparar o correio eletrônico a carta em nosso sistema legal.

Vê-se, então, que, de igual forma, a natureza jurídica do e-mail ainda não foi estabelecida.

5 MODALIDADES DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO

De início, insta ressaltar que a fiscalização das mensagens de correio eletrônico meramente no âmbito eletrônico, de forma a não se pesquisar o conteúdo informativo das mensagens, mas somente fiscalizá-las quanto à presença de vírus de computador, é indiscutivelmente possível, lícita e até necessária, em virtude do atual fluxo de programas destrutivos na Internet. Desta feita, pertine esclarecer, a seqüência desse estudo se refere aos casos de fiscalização do conteúdo informativo das mensagens de correio eletrônico.

Estabelecido o liame anterior, urge verificar que, para conseguirmos cingir totalmente o tema e o analisarmos em todas suas nuances, torna-se essencial que, primeiramente, separemos a fiscalização do correio eletrônico em duas possibilidades:

- 1 - a fiscalização do correio eletrônico profissional e
- 2 - a fiscalização do correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho.

5.1 MONITORAMENTO DO E-MAIL PESSOAL ACESSADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

O correio eletrônico pessoal pertence exclusivamente ao empregado, enquanto pessoa física, e é por meio deste correio eletrônico que a pessoa se comunica com outros usuários, tratando de assuntos e relações jurídicas estritamente particulares.

Não obstante o aspecto notoriamente particular do correio eletrônico, alguns doutrinadores entendem que, quando acessado no ambiente laboral, o correio eletrônico pessoal torna-se passível de fiscalização pelo empregador.

Nessa esteira, Marco Aurélio Greco⁵ justifica a fiscalização argüindo que:

O correio eletrônico é uma ferramenta de trabalho dada pelo empregador ao empregado para realização do trabalho, portanto sobre ele incide o poder de direção do empregador e conseqüentemente o direito do mesmo fiscalizar seu uso pelo funcionário. Os endereços eletrônicos gratuitos e ou particulares, desde que acessados no local de trabalho, enquadram-se, em tese, no mesmo caso.

Partilhando da mesma opinião, José Carlos Góis Junior⁶ acredita que:

O e-mail particular consultado no equipamento da empresa torna-se passível de monitoramento, pois durante o horário de trabalho este [o empregado] não deve ter sua atenção voltada para outra coisa senão os afazeres de seu ofício, concluindo que a consulta a e-mail particular e a navegação por páginas que não tenham relação com seu trabalho podem configurar desídia no cumprimento de suas funções, portanto motivo para rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Contrário à fiscalização, Mário Antônio Lobato de Paiva⁷ acredita que:

Em se tratando do correio eletrônico particular do trabalhador, é evidente que qualquer intromissão do mesmo poderá ser considerada uma violação a

⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 125.

⁶ GÓIS JÚNIOR, José Caldas. *O Direito na Era das Redes*. São Paulo: Edipro, 2006, p. 181.

⁷ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *O Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: Acesso em: 15.01.09.

direitos constitucionais de cidadão. (...) a impossibilidade jurídica de fiscalização não impede que a empresa imponha a proibição ou restrição da utilização do correio eletrônico particular durante a jornada de trabalho.

No mesmo sentido, Rene Ariel Dotti⁸ pondera que:

Em se tratando do correio eletrônico pessoal, a interceptação de dados é ato criminoso tipificado no artigo 1º da Lei 9.296/96, mesmo quando realizada nas comunicações internas da empresa (por meio de Intranet), e, portanto, não há justificativa juridicamente aceitável que autorize a violação de e-mails particulares do empregado, pois vulnera a intimidade e a privacidade como direitos da personalidade, além de incidir numa conduta criminosa.

Finalmente, tendo em vista o caráter eminentemente particular do correio eletrônico pessoal e o fato de que este é, indubitavelmente, de propriedade do próprio trabalhador, não havendo sido cedido pela empresa, entendemos que a violação do correio pessoal, onde quer que seja acessado, constitui patente invasão de privacidade estando, conseqüentemente, passível de reparação pelo dano sofrido.

Ademais, faz-se oportuno ponderar que o chamado uso social do correio eletrônico deve ser admitido, de forma que o empregador permita o uso pessoal, não abusivo e justificado, dos meios e comunicação da empresa postos à disposição dos empregados, uma vez que seria inconcebível pretender que o empregado se desligue totalmente em relação ao mundo externo quando se encontra no ambiente laboral.

Em outra análise, em virtude de a propriedade do correio eletrônico pessoal ser do empregado, o poder diretivo do empregador não poderia abrangê-lo, uma vez que o poder de direção guarda forte vínculo com o direito de propriedade do empregador. Nesse sentido, a teoria da propriedade privada enaltece que a direção das atividades laborais se dá em razão de a propriedade dos meios de produção ser do empregador.

Dessa forma, embora alguns vislumbrem colisão entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade do empregado, em razão da plena eficácia dos direitos fundamentais no plano privado, urge esclarecer que a situação da a

⁸ DOTTI, René Ariel. *Controle de Informática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 203.

fiscalização do correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho somente representa colisão aparente de direitos.

Assim, a fiscalização do correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho seria ilegal. Todavia, cabe ressaltar que, embora defendamos a permissão do uso social do correio eletrônico, há faculdade legítima da empresa de obstar o acesso ao correio eletrônico pessoal por meio das ferramentas de trabalho por si fornecidas.

5.2 MONITORAMENTO DO E-MAIL PROFISSIONAL

A fiscalização do correio eletrônico profissional se justificaria por preservar o respeito à honra e à imagem da empresa e garantir um melhor desempenho dos empregados no horário de trabalho, ademais de o e-mail profissional ser de propriedade da empresa, disponibilizado ao empregado como ferramenta de trabalho e com fins específicos. Nesse sentido, a doutrina majoritária aponta para a possibilidade de fiscalização do correio eletrônico profissional, desde que obedecidos certos requisitos.

Assim, Vânia Aieta⁹, entende que:

A fiscalização é possível em caráter acautelador e não como vigília e invasão indiscriminada à privacidade do empregado, devendo ser precedida da prévia ciência do empregado ou de ordem judicial específica, de forma a afastar definitivamente o prognóstico de uma rescisão indireta do contrato de trabalho ou indenização por danos morais.

No entendimento de Mário Antônio Lobato de Paiva¹⁰:

A fiscalização do correio eletrônico profissional é uma faculdade da empresa, desde que comprove realmente que a fiscalização do correio eletrônico serviu para o fim a que se destina, sem maiores intervenções que pudessem revestir-se de ilegalidade e lesão a direitos, pois a interceptação do correio eletrônico profissional de forma arbitrária seria considerada lesiva aos direitos fundamentais do trabalhador.

⁹ AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 201.

¹⁰ Paiva, *op. cit.*

Adriano Campos de Assis¹¹ admite que:

A fiscalização da correspondência eletrônica profissional desde que atendidas as condições de prévia anuência escrita dos empregados, que deverá ser externada no momento de sua contratação ou da implantação de um sistema de correio eletrônico profissional, e da fácil acessibilidade às diretivas da política interna do local de trabalho. Todavia, Martins pondera que, mesmo adotadas todas estas medidas pelo empregador e que as mesmas tenham concordância do empregado, elas não representam garantias absolutas frente às inúmeras possibilidades que podem surgir no contexto prático de cada caso.

Incumbe, ainda, lembrar a inteligência do Juiz do Trabalho Luiz Alberto de Vargas¹², que considera lícita a fiscalização do correio eletrônico profissional, desde que:

Exista uma política transparente, obediente a regras de proporcionalidade, que conscientize o empregado do caráter não sigiloso de suas comunicações no local de trabalho; a empresa advirta os empregados de que todas as mensagens, de qualquer tipo, inclusive as protegidas por senhas, estão potencialmente disponíveis para o conhecimento da empresa; não se pratique o monitoramento sem clara finalidade específica, por desproporcional.

Todavia, em que pese serem de sapientes lavras, os entendimentos dos ilustres doutrinadores encontram-se incompletos, pois não podemos ser tão simplistas na análise da questão da fiscalização do correio eletrônico profissional, sendo necessário que estudemos essa fiscalização ante duas situações possíveis: a fiscalização do correio enviado e a fiscalização do correio recebido.

5.2.1 Monitoramento do e-mail profissional enviado

Em se tratando do correio eletrônico profissional enviado pelo empregado, a incidência do poder de fiscalização do empregador nos parece viável, cabendo reportar-nos aos entendimentos antes colacionados, desde que a fiscalização seja

¹¹ MENDES, Adriano Campos de Assis e. Aspectos Jurídicos do Monitoramento de E-mails e de Acesso à Internet em Redes Corporativas. Disponível em: Acesso em: 18 de maio de 2005.

¹² Sites da Presidência da República: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 15.01.09.

clara e previamente pactuada na relação de emprego e praticada de maneira justificada e parcimoniosa, sendo de conhecimento e anuência do empregado.

Ressalte-se que a anuência do empregado, seja individualmente ou por meio de representação sindical, é elemento essencial para a possibilidade legal da fiscalização do correio eletrônico, pois o consentimento do interessado é uma das hipóteses legítimas de limitação da proteção à intimidade da pessoa.

Nas palavras de Vânia Siciliano Aieta¹³: “o consentimento do interessado retira a ‘invasão da intimidade’ do universo da ilegalidade, conferindo ao ‘ato invasor’ um status de ato juridicamente perfeito, a partir da sua anuência.

Portanto, entendemos juridicamente possível a fiscalização do correio eletrônico profissional enviado, desde que tomados certos cuidados como:

- 1 - a previsão do procedimento fiscalizatório no Regulamento Interno de Trabalho ou em normas coletivas;
- 2 - o aceite, ainda que tácito, desta política de fiscalização pelo empregado;
- 3 - a ciência, de todos os empregados, da política de utilização e fiscalização do correio eletrônico da empresa e
- 4 - a proporcionalidade da fiscalização, obedecendo a uma finalidade específica e preservando a esfera de intimidade do empregado.

5.2.2 Correio eletrônico profissional recebido

Sem embargo, embora a maioria dos doutrinadores não atente para esse aspecto, devemos encarar a fiscalização do correio eletrônico profissional recebido de maneira específica, pois nessa hipótese não só estariam conflitantes o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade do empregado, mas, também, o direito à intimidade de terceiro, que enviou o e-mail e, notadamente, não pode ser abrangido pela ingerência do empregador.

Sobre o tema, Adriano Campos de Assis e Mendes¹⁴ assevera que:

A fiscalização do correio eletrônico profissional recebido representaria excesso, porque ensejaria transtornos reais à vida íntima de seus

¹³ Aieta, *op. cit.*, p. 205.

¹⁴ Mendes, *op. cit.*

empregados e terceiros, passível de indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação, nas esferas civil e trabalhista.

No outro prato da balança, René Ariel Dotti¹⁵ é expressamente favorável à fiscalização do correio eletrônico profissional recebido, asseverando que:

Caso o empregado receba ou envie e-mail, utilizando o endereço eletrônico fornecido pela empresa, estará tacitamente autorizando o conhecimento de seu conteúdo por terceiros, de forma que as mesmas razões que embasam o monitoramento do correio enviado devem dar fulcro à fiscalização do recebido.

Todavia, *concessa venia* do notável doutrinador, devemos atentar ao fato de que, embora o empregado seja o destinatário da mensagem, o remetente do correio eletrônico pode ser pessoa estranha à empresa e não necessariamente terá conhecimento das normas do regulamento interno da empresa, e, em sendo assim, a fiscalização deste e-mail representaria afronta a privacidade de terceiros.

Nesse sentido, o Juiz Luiz Alberto de Vargas¹⁶ argumenta que o monitoramento do correio recebido pelo empregado é: “Em qualquer hipótese, uma violação da privacidade de terceiros que, provavelmente, desconheciam as normas empresariais e que o destinatário não tinha privacidade em suas comunicações”.

Ademais, se o remetente da mensagem é pessoa estranha à empresa e, conseqüentemente, não tem conhecimento da política fiscalizatória da empresa onde trabalha o destinatário, decerto que o remetente partiria da premissa que sua intimidade (sigilo postal) seria respeitada, amparado, inclusive, pelo princípio da boa-fé objetiva, abraçado pelo Código Civil vigente.

Portanto, sendo certo que a prevalência do poder diretivo do empregador sobre o direito à intimidade estaria sujeita a certas condições, dentre as quais destaca-se o consentimento do interessado, resta inequívoco que a fiscalização eletrônica do correio eletrônico profissional recebido deve ser repudiada, uma vez que afrontaria o direito à intimidade de terceiros, estando passível de indenização por eventual dano moral ou material causado.

¹⁵ Dotti, *op. cit.*, p. 206.

¹⁶ Sites da presidência, *op.cit.*

6 O EMPREGADOR X O EMPREGADO QUANTO AO DIREITO À INTIMIDADE

A Constituição Federal de 1988 adotou o modelo capitalista quando previu o princípio da proteção da propriedade privada. Com base neste princípio, o empregador tem legítimo direito de regular o uso dos bens da empresa.

No Direito do Trabalho, o art. 2º da CLT prevê o poder diretivo do empregador para dirigir a prestação de serviços dos seus empregados, podendo regular como se utilizarão os recursos da empresa no ambiente de trabalho.

Ao empresário, que tem o poder hierárquico para dirigir a prestação de serviços por seus empregados cabe regulamentar como se utilizarão os recursos da empresa no ambiente de trabalho.

Inegável que o empregado tem direito à sua intimidade e à sua privacidade no ambiente de trabalho. Tem o direito de se proteger da entrada indevida do seu empregador em sua vida pessoal.

A origem do conceito jurídico de intimidade é norte-americano. Em 1873, o juiz Thomas A. Cooley, em sua obra "The Elements of Torts", o definiu como "the right to be let alone", ou seja, o direito a ser deixado em paz, ou de ser deixado só.

A previsão normativa específica da proteção da vida privada não tem sido contemplada em nossos textos constitucionais. Apenas recentemente com a atual Constituição Federal brasileira, é que a matéria alcançou tratamento personalizado, pois afirma serem em seu artigo 5, X: "Invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

É indubitável que na época atual devido ao aumento considerável da informação que se dispõe acerca de uma pessoa deve haver a necessidade de resguardo do direito à intimidade protegido por intermédio de uma série de garantias jurídicas frente à intromissão dos demais, feito que ultimamente é mais freqüente pelo surgimento da Informática.

Portanto, no âmbito laboral coexistem duas tendências:

1 - Há um interesse legítimo do empresário em utilizar as enormes vantagens proporcionadas pelo tratamento automatizado de dados com vistas de aumentar a eficácia de sua gestão pessoal.

2 - Por outro lado, esse acesso e tratamento de dados pessoais do trabalhador, pode por em perigo direitos fundamentais do mesmo, e, sobretudo, seu direito a intimidade.

Haveria uma colisão de direitos? Direito de propriedade e poder diretivo do empregador versus direito à privacidade e intimidade do empregado?

É inegável que o poder diretivo do empregador sobre os empregados lhe permite traçar regras que mantenham a empresa funcionando sem prejuízo, seja qual for o empregado sob sua autoridade.

O Dr. Carlos Roberto Fornes Mateucci¹⁷ afirma que: “quando o empregador coloca um computador ao dispor do empregado, o faz para uso diretamente ligado as atividades do seu negócio, esteja ele conectado na rede ou não”.

A empresa tem o direito de através de seu departamento técnico criar nomes de usuário e senha de acesso para cada empregado, estabelecer direitos e privilégios destes na rede e efetuar, sem prévio aviso, a mudança nestes nomes, senhas e/ou privilégios. É importante que tanto o nome de usuário quanto à senha de um empregado na rede da empresa sejam atribuídos por ela, e não pelo empregado.

A motivação disso é simples, pois o empregado pode ficar doente, faltar, pedir demissão ou mesmo ser despedido sem que o serviço que este prestava tenha de sofrer qualquer atraso ou interrupção.

Se a senha de uma estação é privada, tal se torna mais difícil, o que não ocorrerá se a senha puder ser suprida pelos técnicos da empresa para que outro possa exercer as atividades daquele que, temporária ou definitivamente, não está ali para trabalhar.

O poder de organização permite que o empregador expeça regras para o andamento dos serviços na empresa. Estas normas podem ser positivas ou negativas, gerais ou específicas, diretas ou delegadas, verbais ou escritas.

Nas grandes empresas o poder de organização também se manifesta através da imposição unilateral de um conjunto de normas estruturais chamado

¹⁷ Sites da presidência, *op. cit.*

Regulamento Interno de Trabalho, cujo teor obriga tanto a comunidade de trabalho como o empregador.

Argumenta-se que existem áreas onde o controle das correspondências e dos telefonemas é lícita e viável, inclusive visando a proteção do empregado. Isto ocorre em áreas especialmente sensíveis, como por exemplo, a mesa de valores de um banco, onde através deste tipo de controle se pode identificar os responsáveis por uma ordem de compra e venda.

Seria razoável em áreas como o telemarketing, onde o poder diretivo do empregador abrange o direito de controlar as tarefas de seus empregados, o que só pode ser feito através do monitoramento das chamadas telefônicas.

Argumentam alguns que se o empregador pode normatizar o uso pelos seus empregados dos veículos que possui, pode regular o uso do telefone e dos demais equipamentos, como não poderia fazê-lo sobre o tráfego na rede ou de seus correios eletrônicos?

Deveria o empregador aceitar que um empregado divulgasse o endereço da empresa como seu endereço pessoal de correspondência e daí em diante recebesse cartas e encomendas pessoais no seu local de trabalho?

Além do lugar adequado para armazenamento disso tudo, fatalmente surgiriam os casos de furto de cartas e encomendas entre eles e casos de furto de materiais da empresa levados através dos pacotes recebidos.

Nas hipóteses dos empregados que teriam de parar o trabalho e se dirigir até a portaria para receber encomendas registradas e na tendência deles a querer interromper o serviço para ler o que receberam. Se a perspectiva já é ruim, imagine outros perigos como pacotes bomba ou na atual ameaça de anthrax e visualize o risco para o seu negócio, até mesmo em relação aos outros empregados, pois se algo ocorrer na empresa, quem seria o responsável?

Poderiam os empregados mandar, da empresa e as expensas desta, suas cartas e encomendas? Argumentam-se que como se pretende aceitar ambas as situações imaginadas, só porque elas ocorrem com algo imaterial (e as vezes nem tanto) como o correio eletrônico? Por acaso o risco é menor?

Há alguns que argumentam que não há privacidade do empregado no ambiente do trabalho. Tal afirmação não pode ser convalidada, pois é demasiadamente extremista. O empregado tem interesse legítimo de ter respeitada a sua privacidade e sua intimidade dentro dos limites impostos pelo empregador. Por

outro lado, como equilibrar ambos os direitos? Como estabelecer tais limites, sem se fazer do local de trabalho um lugar opressor e pesado para o empregado?

7 O CONTROLE DO E-MAIL PELO EMPREGADOR

Continuando o raciocínio complexo do item anterior verificamos que as questões que envolvem o correio eletrônico são deveras delicadas por envolverem uma série de direitos e garantias constitucionais além de gerarem discussões em uma área que já traz consigo uma certa conflituosidade natural como é a do Direito do Trabalho.

Os bens em jogo podem sofrer uma vulneração que permite denotar que nenhum direito é absoluto seja ele o de liberdade de organização da empresa, a titularidade na propriedade do correio eletrônico, a inviolabilidade sem restrições do sigilo de dados. Assim o empregador não possui o poder de acessar de maneira irrestrita o correio eletrônico do trabalhador nem o empregador tem o direito de acesso e utilização de sua conta de e-mail para quaisquer fins alheios a prestação de serviço.

A palavra-chave para essas dúvidas concernentes ao modo de aplicação do direito chama-se equilíbrio, ou seja, a proporcionalidade de cada direito em virtude da falta de legislação existente somos chamados a aplicar normas gerais que não vislumbram de forma clara a limitação existente, por exemplo, no direito a intimidade. Daí a necessidade da interpretação responsável e coerente resguardando o poder diretivo do empregador para comandar a empresa sem que implique em lesão ao direito do empregado de acessar os serviços eletrônicos.

Muitas das vezes constatamos uma certa erronia na conceituação do direito a intimidade pois, por exemplo, a funcionalidade do e-mail fornecido pelo empregador permite uma certa abstração de confidencialidade já que se olharmos por esta ótica poderemos perceber que não se trata da privacidade do empregado e sim de mero ofício encaminhado ou proposta de venda. Daí podemos assegurar que não se trata de uma correspondência íntima e sim de um mero expediente utilizável e aberto a todos os que trabalhem na empresa.

Este pode ser absolutamente profissional e, portanto, não seria invocável o direito a intimidade, ou pode conter aspectos próprios daquilo que define intimidade: o âmbito privado das pessoas, inacessível aos demais. E neste último caso, naturalmente, o trabalhador tem que saber que este instrumento não tem o condão de proteger sua intimidade, mas sim de veicular produtos ou serviços da empresa.

Devemos partir da premissa de que o e-mail dos trabalhadores na empresa é um instrumento de trabalho e, em determinadas circunstâncias e com determinadas políticas, é possível que o empresário possa conhecer o conteúdo desses e-mail's em situações de abuso a respeito das quais haja indícios objetivos de que estão sendo perpetrados.

Esses indícios devem ser baseados em critérios objetivos como, por exemplo, a frequência no número de comunicações de caráter pessoal, ou o título próprio das mensagens no caso do correio eletrônico. Nesses casos, se o empresário tiver um indício objetivo de que está sendo produzida uma situação de abuso deverá ser permitido o controle, estabelecendo o mínimo de garantias exigíveis, por parte do trabalhador, a respeito de seus direitos.

Em primeiro lugar deverá existir uma comunicação prévia do afetado para essa vasculha; em segundo lugar, haverá de contar com a presença de um representante sindical, que tutele os direitos do trabalhador controlando as garantias de transparência; e por último, um procedimento que busque o nexos causal e a proporcionalidade entre a prática abusiva e a sanção aplicável ao fato.

Atualmente não existe um regime de sanções para faltas relacionadas com o uso das novas tecnologias, muito menos uma graduação da sanção, com qual se produz uma situação de arbitrariedade que provoca falta de defesa do trabalhador pela ausência do princípio da proporcionalidade.

O que não podemos aceitar é que este poder de controle do empresário autorize uma intromissão indiscriminada em qualquer caso ao conteúdo das comunicações de seus trabalhadores via e-mail. Há que ser estabelecido neste campo as regras do jogo, e a via para fazê-lo que pode ser por meio da lei, convenção ou acordo coletivo.

Defendemos que o empresário pode acessar o e-mail de seus empregados, porém não de uma forma indiscriminada e sistemática já que o trabalhador tem direitos que podem ser invocados legitimamente como o direito a inviolabilidade das

comunicações e direito ao exercício de trabalho em condições dignas. E, portanto, o trabalhador tem direito a não sofrer intromissão em sua atividade.

Em todo o caso devem ser respeitados os princípios básicos a que regem qualquer contrato de emprego como, por exemplo, o da boa-fé, dentre outros pautados na exata consecução das relações de trabalho. Assim no que diz respeito aos limites para o uso profissional do correio eletrônico, seja no contrato de trabalho de forma individual ou nas convenções coletivas de trabalho, as partes tem que acordar as condições que regulem a utilização profissional do e-mail obedecendo as diretrizes legais e contratuais do direito do trabalho.

Não defendemos que os empregados fiquem isolados do mundo quando estiverem em serviço sem qualquer possibilidade de comunicação com a família e amigos. Esta deve ser comedida e de preferência restrita a outros meios menos dispendiosos até que em último caso se chegue ao e-mail. Assim deve o empregador salientar que o e-mail não é um meio idôneo para comunicação pessoal, e pôr outros meios, se possível a disposição do trabalhador para que este possa comunicar-se pessoalmente fora da vigilância e controle da empresa de forma razoável e desde que não traga prejuízos consideráveis a empresa.

Repetiremos por fim que as inovações trazidas ao universo jurídico trabalhista já são uma realidade e que somente agora começam a despontar em litígios nos Tribunais por isso desde já urge que tenhamos consciência de que a realidade nos força a regulamentar estas situações através de convenções coletivas que estabeleçam a partir de agora condições para o uso racional do e-mail por parte do trabalhador e condições de acesso a seu conteúdo por parte do empresário. Esses são os grandes traços, nossa proposta a respeito seria a de regular o tema do uso pessoal do e-mail não só nos convenções coletivas mas também na CLT, como norma trabalhista básica.

8 DIRETRIZES PARA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Aqui limitaremos apenas a estabelecer abaixo normas e diretrizes que auxiliem o sindicato, a empresa e o trabalhador a lidar com a utilização dos meios eletrônicos evitando assim a criação e perpetuação de situações difíceis de serem resolvidas uma vez estabelecidas. Assim indicaremos tais diretrizes com uma espécie de prevenção de futuros litígios.

Utilizando dos ensinamentos do Prof. Rodríguez-Piñero o conteúdo do Código de postura seria disposto da seguinte forma:

8.1 COMUNICAÇÃO SINDICAL

1 - O Comitê de empresa, o sindicato e seus representantes tem o direito de acessar as ferramentas informáticas da empresa e utilizá-las para suas atividades asseguradas na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho, tanto de maneira interna como externa.

2 - Isto inclui o direito de enviar informação ao sindicato/comitê de empresa a todos os empregados usando os meios de comunicação eletrônica a sua disposição.

3 - Os empregados têm direito a utilizar as ferramentas informáticas da empresa para comunicação com seu sindicato/comitê de empresa e seus representantes.

8.2 COMUNICAÇÃO COM FINS NÃO PROFISSIONAIS

1 - Os empregados tem o direito de utilizar as ferramentas informáticas da empresa com fins não profissionais, tanto de uma maneira interina como externa desde que não abusiva e com a condição de que não interfiram em suas responsabilidades profissionais (uso social do e-mail).

8.3 CONTROLE E VIGILÂNCIA DAS COMUNICAÇÕES

1 - O empregador se compromete a que o uso das ferramentas informáticas da empresa pelos empregados não seja objeto de controle ou uma vigilância sistemática.

2 - A comunicação será vigiada e controlada unicamente se o patrão estiver obrigado legalmente a fazê-lo ou tem razões suficientes para crer que o empregado esta cometendo uma infração penal ou uma falta disciplinar grave. Nesses casos, a vigilância e controle terão lugar com a presença do representante do sindicato e um representante designado pelo empregado.

8.4 CONDIÇÕES RELATIVAS AO USO DE FERRAMENTAS INFORMÁTICAS - OS EMPREGADOS TEM O DIREITO DE USAR AS FERRAMENTAS INFORMÁTICAS DA EMPRESA COM AS SEGUINTESS CONDIÇÕES

1 - A comunicação deve ser legal e não deve conter declarações ofensivas e difamatórias.

2 - As ferramentas informáticas da empresa não devem ser usadas para acusar sexualmente a outros membros do pessoal, nem com fins ofensivos relacionados a sua sexualidade, a idade, a etnia, ou impedimentos a aparência do indivíduo. Enfim, não poderá o e-mail ser utilizado para fins nocivos a empresa ou terceiros.

3 - O empregador pode pedir que se inclua uma cláusula de não responsabilidade quando os empregados nas comunicações internas ou externas, especificando que os pontos de vista expressados são do autor e não o da empresa.

8.5 OUTRAS PREMISSAS

1 - declaração de que a rede computacional é de propriedade da empresa;

2 - garantir o direito de monitorar e interceptar o correio eletrônico;

3 - declaração de que a correspondência eletrônica pode não ser apagável;

4 - proibir a transmissão de declarações sexualmente ofensivas, agressivas ou difamatórias;

5 - proibir a cópia, distribuição ou impressão de material protegido por direitos autorais;

6 - proibir o uso da rede para atividades não relacionadas com a firma;

7 - proibir o uso da rede para atividades ilegais ou que interfiram com o trabalho de outros;

8 - proibir o uso dos equipamentos computacionais da empresa para conseguir acesso não autorizado a qualquer outro computador, rede, banco de dados ou informação guardada eletronicamente (conhecido como hacking).

CONCLUSÃO

Em definitivo, não podemos admitir que o advento das novas tecnologias provoque o desaparecimento de âmbitos de privacidade para os trabalhadores na empresa uma vez que as mesmas são cada vez mais frequentes e essenciais para o intercâmbio de informação. E para a comunicação que deverá levar-se a cabo em um futuro imediato e não há tratamento legal das novas tecnologias com as ferramentas que nos proporciona o direito vigente, a solução mais viável seria uma reformulação do direito a privacidade, um dos direitos mais afetados pelos avanços tecnológicos da sociedade de informação.

Acreditamos, portanto que não há como não vulnerar os direitos constitucionalmente protegidos, senão que o empresário deverá, ademais, optar, sensata e ponderadamente, por políticas adequadas de controle da atividade laboral que favoreçam um ambiente de trabalho relaxado e confiável que proporcione autonomia e intimidade, evitando o receio, a previsão e o mal estar dos trabalhadores por meio de condutas excessivas derivadas do poder empresarial.

Assim o empregador poderá exercer um controle tecnológico sobre seus trabalhadores, desde que seja analisado caso a caso e atendendo a estritos critérios de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade*, a utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins a que se pretendam causando o menor impacto possível sobre a intimidade e a dignidade do trabalhador. Vale ressaltar que o direito a intimidade, é igual aos demais direitos fundamentais não sendo absoluto e podendo ceder ante os interesses constitucionalmente relevantes, sempre que seja necessário para lograr um fim legítimo, proporcionando o respeito ao conteúdo essencial do direito.

Atenta o Professor que devem ser analisadas com bastante cuidado a conveniência de acesso à Internet pelos funcionários no local de trabalho e, enquanto não há legislação específica, é de bom alvitre que se adote regulamentação interna, de forma bilateral, ou, ainda, que seja regida a questão em contrato e ou norma coletiva.

Entretanto, como já mencionado alhures, o fator segurança e conseqüente monitoramento das mensagens dos e-mail's dos empregados de empresas que

disponibilizam acesso à Internet e endereços eletrônicos aos mesmos, não é absoluto e confronta com o direito de privacidade dos usuários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. – 28. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2007.

AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. *Internet e o Direito*, Inédita: Belo Horizonte, 2005.

BLUM, Renato Opice. *Direito Eletrônico: A internet e os Tribunais*. São Paulo: Edipro, 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>. Acesso em: 15.01.09.

DOTTI, René Ariel. *Controle de Informática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Ivette Senise. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Novas Fronteiras do Direito na Era Digital*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILHO, Demócrito Reinaldo. *Direito da Informática: Temas Polêmicos*. São Paulo: Edipro, 2005.

GÓIS JÚNIOR, José Caldas. *O Direito na Era das Redes*. São Paulo: Edipro, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2005.

MENDES, Adriano Campos de Assis e. *Aspectos Jurídicos do Monitoramento de E-mails e de Acesso à Internet em Redes Corporativas*. Disponível em: Acesso em: 15.01.09.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *O Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: Acesso em: 04 dez. 2002.

Sites da Presidência da República: <http://www.planalto.gov.br>.

