

O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO^(*)

Mário Antônio Lobato de Paiva ^(**)

SUMARIO:

I- O reflexo da tecnologia no Direito	2
II- A utilização da informática.....	2
III- Linhas gerais sobre correio eletrônico.....	3
IV- Da proteção internacional e constitucional da correspondência no mundo.....	6
IV.1- Tratados e Convenções Internacionais	6
IV.2- Constituições Européias	7
IV.3- Na América do Norte.....	8
IV.4- Na América Latina.....	8
V- Correio eletrônico e o correio convencional.....	10
VI- Poder de direção do empresário e a intimidade pessoal do trabalhador	11
VII- A intervenção no correio eletrônico da empresa.....	12
VIII- O controle do <i>e-mail</i> pelo empregador.....	15
IX- O uso social do e-mail.....	17
X- A posição de alguns articulistas sobre o assunto	18
XI- Jurisprudência nacional.....	22
XII- Jurisprudência estrangeira	28
XIII- Informatização da demissão.....	29
XIV- Direito Comparado.....	30
XV- Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho.....	33
XVI- Processo de adaptação.....	36
XVII- Bibliografia.....	37

(*) Palestra a ser proferida no dia 03 de outubro no auditório do Superior Tribunal de Justiça no Congresso Internacional de Direito e Tecnologia da Informação, realizado pelo Conselho da Justiça Federal.

(**) **Mário Antônio Lobato de Paiva** é advogado em Belém; sócio do escritório *Paiva & Borges Advogados* Associados; Professor (pós-graduação em Direito de Informática) da Universidade Estácio de Sá em Minas Gerais; Sócio-fundador do Instituto Brasileiro da Política e do Direito da Informática – IBDI; Presidente da Comissão de Estudos de Informática Jurídica da OAB-PA; Membro do Conselho Editorial da Editora Oficina de Livros em Brasília; Conferencista; e-mail: malp@interconnect.com.br.

I- O reflexo da tecnologia no Direito

O estreito vínculo estabelecido entre o direito e a informática tem suscitado uma série de situações que levam os estudiosos do direito a depararem-se com situações totalmente novas que requerem estudos inovadores representando um verdadeiro desafio aos profissionais do direito.

As novas tecnologias são desenvolvidas de forma veloz impedindo o devido acompanhamento simultâneo dos juristas no sentido de elaborar leis e estudos que viabilizem um regular manuseio dos instrumentos eletrônicos. Assim atestamos um abismo profundo entre o fático e o jurídico – e o conseqüente debate que isso provoca – em virtude da existência de outros e novos institutos jurídicos, pelo surgimento de realidades (o fato) antes desconhecidas; o revigoramento e adaptação de enfoques outrora consolidados sobre alicerces que se modificam permanentemente; a presença de direitos e valores que – hoje se enfrentam em outra esfera (no mundo virtual) e que requerem definições jurídicas, sejam de origem legal ou judicial.

E patente aos profissionais da área jurídica responsáveis pela busca de soluções apropriadas a reformulação dos institutos jurídicos clássicos com o fulcro de serem transplantados para outro âmbito (do mundo real, para o virtual) e assim solucionar os conflitos que ameaçam as garantias, direitos e valores em um ambiente diverso, o virtual.

As questões surgidas colocam em xeque um gama variadíssima de direitos que em algumas situações são ameaçados de violação como os direitos a liberdade de expressão, liberdade de informação, regulamentação legal, tutela da privacidade, dos direitos personalíssimos, direito de propriedade, acesso as bases digitais de dados que contenham informações sensíveis, propriedade intelectual, direitos do autor, contratação por meios eletrônicos, delitos informáticos, responsabilidade civil – contratual e extracontratual direta e indireta – dos diversos sujeitos intervenientes.

II-A utilização da informática

A entrada do novo milênio trouxe a todos nós a esperança de um vida melhor em um mundo mais solidário e justo. A tecnologia aproximou povos e pessoas dos mais longínquos lugares, trouxe uma infinita série de utilidades ao homem em seu cotidiano.

Porém as facilidades advindas do avanço da informática não estão sendo devidamente acompanhadas pelos lidadores do direito que insistem primeiro em aproveitar-se dos benefícios e depois discutir as questões jurídicas que envolvem seus atos.

Um exemplo disso é o peticionamento eletrônico que vem sendo adotado pelos tribunais. Ora, apesar das insuperáveis qualidades desse serviço a validade do procedimento e dos documentos não encontra respaldo em nenhuma norma legal ocasionando total insegurança se por ventura os

documentos emitidos apresentarem alguma irregularidade, pois nem sequer temos uma norma que disponha que um simples documento eletrônico tem validade jurídica ou probatória.

Outro exemplo citado esmiuçado em um de nossos artigos é a busca livre disponibilizada pelo *site* dos Tribunais brasileiros. Esse recurso traz um série de implicações negativas no que diz respeito a privacidade e intimidade das pessoas que podem ter seus dados devassados pelo simples acesso a *home-page*. Citando um exemplo mais específico podemos nos reportar aquele empregador que antes tinha uma "lista negra" de trabalhadores que já pleitearam na Justiça do Trabalho contra outras empresas seus direitos e que portanto seriam considerados inaptos para trabalhar em seu estabelecimento. Agora o acesso a essa "lista" é facilitado pois basta que o empregador busque junto ao *site* institucional do tribunal o nome do pretendente ao emprego para que automaticamente seja eliminado da concorrência se já tiver pleiteado algum direito junto a justiça obreira.

Tais situações são um exemplo claro de que a busca incessante por melhoramentos nas atividades forenses deve ser acompanhada por estudos de especialistas na área do direito informático para que não sejam vivenciadas situações de extrema injustiça como as colocadas acima.

No direito e processo do trabalho temos apontado uma série de irregularidades no que diz respeito a aplicação das novas tecnologias seja por parte dos empregados, seja por parte dos empregadores seja por partes dos profissionais que atuam nessa área.

Uma das questões mais intrigantes e que tem ensejado idéias e decisões mais impróprias é a que concerne a utilização do aparato eletrônico no ambiente de trabalho. Porém para que possamos abordar de maneira mais apropriada passaremos a tecer alguns comentários sobre o correio eletrônico para em seguida abordar as discussões pertinentes.

III- Linhas gerais sobre correio eletrônico

O correio eletrônico nasceu da transmissão de uma mensagem efetuada entre dois computadores de forma experimental em Cambribge, Massachusetts realizada com sucesso mais que 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 ao 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 que atualmente é enviado e recebido por milhões de pessoas em todo o mundo.

O *e-mail* pode ser concebido como um mecanismo disposto por meio eletrônico que tem como finalidade principal a transmissão de conteúdo a distância. É um sistema mediante o qual podemos enviar e receber mensagens por intermédio de uma caixa de correio de uma pessoa até a caixa de correio de outra permitindo a emissão e recepção de mensagens. É um meio utilizado para enviar

correspondências elaboradas em um computador a outro através da rede, um similar ao correio postal com papel pelo qual as pessoas podem enviar mensagens a um receptor, ou a vários receptores simultaneamente.

Segundo Montero Navarro⁽¹⁾ o *e-mail* pode ser identificado pelas 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).

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 "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).

Atualmente, provido de um computador, um programa de comunicação e um *modem* para a linha telefônica, podemos estabelecer contatos (enviar e receber mensagens) com qualquer pessoa independente de sua localização que poderá ser em um dos quatro cantos do mundo, ao custo de

⁽¹⁾ IRENE, Albarrán Lozano, CARMEN Pablos Heredero et NAVARRO, Montero Antonio Uso del Correo electrónico: un análisis empírico en la UCM. [on line], [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/9909/9909.htm>>

uma chamada local, apenas conhecendo a direção eletrônica do destinatário escolhido. Em virtude disso o *e-mail* tem sido considerado como o *modelo* de comunicação moderna.

Demonstração cabal do auge da importância do *e-mail* é a validade probatória do documento eletrônico dada, por exemplo, pela França em recente modificação do Código Civil, onde dispõe em seu artigo 1316-3 que:

“L’écrit sur support électronique a la même force probante que l’écrit sur support papier.” (O escrito em suporte eletrônico tem a mesma força probante que o escrito de papel). E no artigo 1316-1 que dispõe: *“L’écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l’écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu’il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l’intégrité.”* (O escrito em forma eletrônica é admitido como prova com igual força que o escrito em suporte de papel, salvo a reserva de que possa ser devidamente identificada a pessoa de que emana e que seja gerado e conservado em condições que permitam garantir sua integridade)

Como podemos observar da leitura do artigo é dada igual força probatória ao documento eletrônico nas mesmas circunstâncias que o escrito em suporte de papel, porém devendo cumprir três condições fundamentais segundo Salord⁽²⁾:

- a) identificação do autor do documento
- b) o processo de geração do documento deve garantir sua integridade
- c) o processo de conservação do documento deve garantir sua integridade.

AS inovações tecnológicas atuantes permitem gerar documentos que cumpram com todas os requisitos de um documento de suporte de papel. Os meios que proporcionam a criptografia – entre eles especialmente a firma digital – pois através dela poderemos emitir documentos que cumpram com todos os requisitos da nova legislação. Tome-se em consideração que, paralelamente a esta norma, devem emitir-se normas sobre firma eletrônica para efeitos de permitir a identificação dos firmantes/autores dos documentos assim como integridade destes últimos. É indissolúvel, em tal sentido, o tratamento normativo de um e outro elemento.

Assim com equiparação da validade do suporte de papel ao eletrônico o *e-mail* passa a ter fundamental importância para o direito no sentido de transformar-se em um elemento criador de

⁽²⁾ SALORD, Carlos Paladella Salord. El Documento Electrónico como Prueba - La Reforma del Código Civil Francés.[on line] [capturado em 07 de julho de 2002] <www.alfa-redi.org>

várias situações legais na área jurídica servindo em um futuro próximo como prova no processo, por exemplo.

Portanto da mesma forma que o suporte de papel passou a ter semelhante validade a do documento eletrônico o correio postal também foi equiparado ao correio eletrônico ressaltando-se as peculiaridades de cada um é possível encontrar-mos nas legislações de vários países a proteção a correspondência postal que ensejará uma série de perquirições quanto a sua aplicação ao *e-mail*. Por isso há necessidade de conhecermos a legislação que protege o correio tradicional para que através de sua análise possamos adequá-las de forma correta ao correio eletrônico uma vez que tem a mesma natureza jurídica, a de correspondência.

IV- Da proteção internacional e constitucional da correspondência no mundo

Uma série de normas nacionais e internacionais dão proteção a inviolabilidade do correio. No Brasil o artigo art. 5º, inc. XII da Constituição da República reza 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.* O bem constitucionalmente protegido é a liberdade das comunicações e a reserva sobre a comunicação emitida, com independência do contido na mesma. O direito abarca tanto a interceptação em sentido estrito (que supõe a apreensão física do suporte da mensagem – com conhecimento ou não do mesmo – ou captação, de outra forma, do processo de comunicação) como pelo simples conhecimento antijurídico do comunicado (abertura da correspondência alheia guardada por seu destinatário, por exemplo)

IV.1- Tratados e Convenções Internacionais

Segue a proteção através de tratados e convenções internacionais como por exemplo o das Organizações das Nações Unidas (ONU) que na Declaração Universal dos Direitos Humanos de dezembro de 1948 estabelece em seu artigo 12 que:

*"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".*

Em 1966, o direito ao sigilo da correspondência foi incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cujo o artigo 17 reza:

*"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”.

Na Organização dos Estados Americanos (OEA) através da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:

*"Artigo 10 – Toda a pessoa tem direito a inviolabilidade e circulação de sua **correspondência**.*

Na Convenção Americana de Direitos Humanos também conhecida pelo nome de “Pacto de São José da Costa Rica” em seu artigo 11 declara que:

"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.

O Conselho da Europa por intermédio da Convenção Européia de Direitos Humanos que a nível europeu marcou a pauta de importantes futuras convenções, celebrada em 03 de setembro de 1953, 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**.*

IV.2- Constituições Européias

Na Itália a Constituição da República aprovada pela Assembléia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, e que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1948 em seu artigo 15 dispõe:

*Artigo 15. A liberdade e o segredo da **correspondência** ou de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis.*

Na Alemanha a Carta Magna germana em seu artigo 10 consagra o segredo as comunicações:

*Artigo 10: 1. Será inviolável o segredo da **correspondência** (Briefgeheimnis), assim como o do correio e telégrafos.*

Na Espanha a Constituição é uma das poucas Cartas políticas que consagra expressamente a proteção a correspondência das pessoas frente ao uso da informática, o qual se vê refletido em seu artigo 18 que consagra:

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.

IV.3- Na América do Norte

A Constituição norte-americana não contém nenhuma disposição expressa que proteja este direito. No entanto o que podemos perceber é que a partir da IV e V emendas tem sido desenvolvido este direito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Assim as disposições constitucionais mais importantes 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"

Uma das normas mais importantes quanto a proteção da correspondência na Internet é a Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas. o ECPA, segundo a sigla em inglês, que protege todas as formas de comunicação eletrônica, incluindo a comunicação telefônica de voz e as comunicações digitais de computador como o correio eletrônico e das mensagens armazenadas em boletins eletrônicos.

IV.4- Na América Latina

A Constituição Política da República do Equador, aprovada em 1998, 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.

A Constituição do Chile de 1980 reza 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 promulgada em 1991 dispõe em seu artigo 15 que:

*"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"*

A Constituição Política do Perú vigente a partir de 1993 consagra o direito a inviolabilidade da correspondência. 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"

A recente constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999 refere-se concreta e especificamente em seu artigo 48 sobre o segredo das correspondências dispondo 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"

Assim podemos constatar que o direito a privacidade no que concerne ao envio de correspondência é regra comum nas legislações e tratados da grande maioria dos países e que por isso deve ser respeitada, não implicando necessariamente que esta seja estática e invariável pois necessita de uma maleabilidade frente a inovações trazidas pela comunicação eletrônica. Por isso o trabalho do jurista é redobrado pois requer a construção de arcabouços jurídicos que permitam a utilização de preceitos velhos sem que os mesmos sirvam de instrumentos para a legitimação de situações de injustiça e violação de direitos dos cidadãos.

O giro pela legislação alienígena serve para que tenhamos a noção da dificuldade que enfrentaremos para dissecar idéias que permitam a utilização justa do correio eletrônico e ao mesmo tempo legitimar

procedimentos lícitos praticados por empresários não deixando que os mesmos pratiquem abusos no exercício de seus poderes em relação a seus subordinados.

V- Correio eletrônico e o correio convencional

Apesar de não termos dúvidas de que o correio postal e o eletrônico tem a mesma natureza , ou seja, a de correspondência ressaltando-se suas peculiaridades encontramos em doutrina e em decisão judicial posicionamentos divergentes e que por isso achamos necessária abordagem para melhor esclarecer nosso ponto de vista.

O que mais nos chamou atenção foi o entendimento do Juiz Douglas Alencar Rodrigues quando diz ao proferir seu voto em decisão sobre justa causa e utilização de *e-mail* pelo empregado que "*não há como reconhecer a existência de direito a privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho*" e, ainda, "*Considerando os objetivos que justificam a concessão de e-mail pelo Reclamado, não há como equipará-lo as correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF*".

A Ementa de seu voto diz o seguinte:

EMENTA: RESOLUÇÃO CONTRATUAL. SISTEMA DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENVIO DE FOTOS PRONOGRAFICAS. SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. Se o *e-mail* **é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas**, objetos da tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF. Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482). (TRT-DF-RO 0504/2002)- Acórdão 3º Turma).

Apesar do brilhantismo do juiz temos outro posicionamento sobre o assunto que ora descreveremos. Ressaltando que em momento algum pretendemos ser o dono da verdade. Almejamos apenas evoluir

o estudo sobre essas questões buscando assim uma solução mais coerente e justa para os que clamam por justiça.

Portanto entendemos que as diferenças entre as duas comunicações não podem ser consideradas de maneira radical pois apesar de terem suas peculiaridades ambas devem respeito a ordem legal vigente. Devemos nos ater que estamos diante de uma nova realidade que não pode ser desconsiderada. Além disso consideramos que os velhos institutos não estão aptos a resolver tais questões de maneira satisfatória. Por isso, para resguardar o respeito a alguns princípios elevados a esfera constitucional poderemos estatuir algumas diferenciações no momento da aplicação e confrontação com outros direitos de mesma ou superior hierarquia.

Sabemos que além da garantia constitucional, a violação de correspondência também é prevista pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 151 onde dispõe: "*Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem*". Pena de detenção, de 1 (um) a seis meses, ou multa.

A respeito cabe aduzir que na legislação espanhola por exemplo o Código Penal já equipara em seu artigo 197.1 o correio postal e correio eletrônico, castigando a vulneração da intimidade de outro por parte de quem "*sem seu consentimento, se apondera de seus papéis, cartas, mensagens de correio eletrônico*", o "*intercepte suas telecomunicações ou utilize artifícios técnicos de escuta de transmissão, gravação ou reprodução de som ou imagem, ou de qualquer outro sinal de comunicação*".

No entanto necessitamos estudar e aplicar de maneira diferente a legislação direcionada ao correio postal e não aplicada *ipse literis* ao correio eletrônico, uma vez que as condições de envio e a questão da propriedade dos meios utilizados dentre outros fatores que não podem ser considerados da mesma forma.

Assim entendemos que o sentido de correio é similar aos dois porém o modo de execução é diferente. Levando em consideração este principal fator é que o aplicador do direito deve transmutar essa diferença na hora de analisar e interpretar lei que não deve servir para beneficiar esse ou aquele empregado ou empregador e sim aproximar-se do justo.

VI- Poder de direção do empresário e a intimidade pessoal do trabalhador

Nos resta indubitável que o princípio constitucional que assegura a privacidade pessoal incide nas relações de emprego entretanto essa diretriz não deve ter o condão de ser um direito absoluto, e sim o de integrar-se ao conjunto de preceitos legais de maneira sistemática, entre os quais encontramos a faculdade do empresário de estabelecer mecanismos de monitoramento dos empregados para fiscalizar a realização efetiva do trabalho, comprovando, por exemplo a produtividade para bem

aplicar sanções disciplinares, com o devido respeito a normas fundamentais. Portanto, a proteção civil do direito a honra, a intimidade pessoal e familiar e a própria imagem não poderá ser rompida por intromissões ilegítimas, ou seja, aquelas que supõem, sem consentimento do trabalhador a colocação em qualquer lugar de aparatos de escuta, de filmagem, de dispositivos óticos ou de qualquer outro meio apto para gravar, reproduzir a vida íntima das pessoas ou de manifestações ou cartas privadas não destinadas a quem faça usos de tais meios, assim como sua gravação, registro e reprodução.

O exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador não pode servir em nenhum momento para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais do trabalhador, nem a sanção do exercício legítimo de tais direitos por parte daqueles. Nos casos em que surjam conflitos aonde haja direitos fundamentais em questão – como o direito a intimidade e ao segredo das comunicações – deve ser ponderado, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, como medida de respeito ao direito. Aplicando este princípio será possível conciliar direitos sem que os mesmos tenham o condão de lesionar garantias previstas quando forem confrontados.

Na relação de trabalho devem ser respeitados os preceitos constitucionais, já que a celebração de um contrato de trabalho não pode suportar por si mesmo a renúncia dos direitos fundamentais, porém ditos direitos podem ser objeto de certas restrições desde que com a necessária justificação moral e legal do empresário. Entendemos que a intimidade do trabalhador deve ser respeitada em qualquer ocasião no ambiente de trabalho, e o segredo das comunicações em qualquer que seja a modalidade em que se transmita. Porém nenhum desses direitos deve ser absoluto e se sobrepujar a outros de mesmo nível hierárquico devendo ceder ambos em sua aplicação quando for necessário para alcançar o fim último do direito.

VII- A intervenção no correio eletrônico da empresa

É patente que a fiscalização exaustiva e injustificável do correio eletrônico dos trabalhadores nas empresas deve ser considerada condenável com base na doutrina constitucional anteriormente exposta, pois o contrato de emprego não é uma área autônoma alheia a vigência da Constituição. Por essa razão, o acesso indiscriminado ao correio eletrônico, por exemplo, vulnera o direito do

trabalhador em seu sigilo nas comunicações e a reserva sobre a comunicação emitida, com independência do conteúdo da mesma.

Porém, a questão não se limita apenas a uma única análise já que comporta situações dicotômicas como por exemplo a do correio eletrônico proporcionado pela empresa e aquele de uso particular do trabalhador, contratado por ele mesmo a margem de sua relação emprego com a empresa.

No primeiro caso o poder de controle e direção que corresponde ao empresário no uso da liberdade de empresa tem lhe permitido estabelecer, se for o caso, medidas impeditivas e condicionantes sobre o uso particular dos serviços que oferece na *internet*.

Certamente, a liberdade da empresa supõe o poder de decisão do empregador sobre a estrutura e funcionamento daquela, a disponibilidade sobre os meios de produção e a direção da prestação de trabalho do pessoal contratado de acordo com as condições pactuadas no contrato de trabalho. Porém um contrato não pode ignorar que as relações trabalhistas são baseadas em princípios como o da boa-fé e diligência profissional. E, como é óbvio, aquelas condições não podem estabelecer-se com abstração dos direitos reconhecidos pela constituição. A autonomia organizativa do empresário não é nem pode ser ilimitada.

Por outro lado o correio proporcionado pela empresa deve ser destinado necessariamente ao uso estritamente profissional, como uma espécie de ferramenta de trabalho de propriedade da empresa, não podendo o empregado a princípio, utilizá-lo para fins particulares. Nesse caso entendemos que a empresa detêm a faculdade de controle sobre o correio 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 postos. O simples fato de ser um correio eletrônico proporcionado pela empresa, uma ferramenta de trabalho, não deve ser suficiente para permitir a interceptação do mesmo de forma arbitrária pelo empregador sob pena de ser considerada lesiva para aos direitos fundamentais do trabalhador.

E no que diz respeito ao correio eletrônico particular do trabalhador, é evidente que qualquer intromissão do mesmo poderá ser considerada uma violação a direitos constitucionais de cidadão. Isso não obsta a que a empresa imponha levando-se em consideração a faculdade diretora da relação trabalhista, a proibição ou restrição no que concerne a utilização do correio eletrônico particular durante a jornada de trabalho, configurando a desobediência a determinação como uma espécie de incumprimento das obrigações por parte do trabalhador gerando sanções fundamentadas nos incisos

do artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que permitem a rescisão do vínculo empregatício em caso de reiteração.

Em todo caso, resulta fundamental informar ao trabalhador dos meios que serão utilizados para verificar o cumprimento do pactuado e estabelecer uma normativa interna, buscando incluir o consentimento tanto do trabalhador como de seus representantes.

A adoção de medidas de controle será considerada válida a nosso sentir, em princípio, quando for estabelecida uma clara política por parte da empresa a respeito. Tais medidas podem ser publicizadas ou normatizadas por exemplo por intermédio de um código de conduta onde seja comunicado aos empregados em caráter periódico e que indique cristalina e claramente as regras a que os trabalhadores devam ser submetidos quando utilizem os meios tecnológicos postos a disposição da empresa para realização de sua prestação laboral. Também são aconselháveis outras medidas, como a separação do correio eletrônico pessoal do profissional, o controle gradual das comunicações, mas que porém devem ser verificados de acordo com as peculiaridades de cada situação.

Tivemos notícia de que em uma grande montadora no Estado de São Paulo já ocorre em determinados setores da empresa, no momento da assinatura do contrato de trabalho o convite para que o mesmo firme uma renúncia a privacidade do correio eletrônico disponibilizado pela empresa, pelo qual o consentimento expresso prestado por um indivíduo converte aparentemente em legítima a intromissão em suas comunicações. Tais procedimentos são extremamente condenáveis e devem sofrer uma rápida repressão por parte dos órgãos fiscalizadores no sentido de punir as transgressões da lei aplicando-lhe multas por desobediência ordem constitucional.

Em virtude da falta de uma regulamentação legal que carecemos, e com o objetivo de solucionar eventuais conflitos envolvendo referidas questões, aconselhamos os atores sociais a estabelecer acordos entre empregados e empregadores relativos ao correio eletrônico no sentido de uniformização de seu uso através de regulamentos de empresa ou convenções coletivas. Uma informação clara e inequívoca aos empregados sobre o correto uso do mesmo, e sobre o sistema e características de controle do correio profissional geraria um *standard* adequado para o uso eficiente e pacífico desta ferramenta de comunicação e trabalho. Não obstante, apesar de que a autoregulamentação é o mesmo mecanismo que tem sido aplicado para o desenvolvimento do direito no que envolve tecnologias de informação, não se pode desejar o puro consenso das partes em

determinados temas especialmente sensíveis como o da privacidade, devido a que na prática dito consenso não é mais que aparente, tratando-se mais de simples mecanismos de adesão.

VIII- 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.

IX- O uso social do e-mail

Não temos mais como fechar os olhos para a tecnologia e muito menos continuarmos a traçar soluções assemelhadas as anteriores. Hoje o contrato de trabalho possui inúmeras modificações que precisam ser acompanhada por nós.

Estamos diante de modificações nunca antes previstas e que precisam ser assimiladas pelos empregados e empregadores. Limites de horas passaram a ser relegados e foram substituídos pela produtividade. Criatividade é a palavra de ordem para que o empregado seja mantido em seu ofício.

Ou seja valores totalmente diferentes foram sendo solidificados e colocados em seus devidos graus de importância. Por isso não há mais lugar no mundo moderno para idéias retrógradas, bem como o estatismo desses pensamentos.

Portanto uma empresa para se desenvolver no mercado deve ser flexível e ter a visão de que outros tipos de produção podem ser benéficos para a desenvoltura da empresa.

Assim utilizamos como exemplo o chamado ***uso social do e-mail***. Não há porque o empregador não permitir esta prática pois dela pode advir melhorias para empresa, pois tal prática desde que não abusiva e desde que não traga prejuízo para a empresa ou queda na produtividade permite uma

maior liberdade para o empregado realizar suas atividades sem que esteja com o medo constante de ser demitido pela simples utilização nos moldes que dissemos do *e-mail*.

Por isso entendemos que o empregado que possui esta liberdade limitada de uso do *e-mail* tem mais estímulo para desenvolver sua função e quem sabe até criar idéias através de seu manuseio dos instrumentos tecnológicos a sua disposição, criando um ambiente mais agradável de trabalho.

O uso social do *e-mail* é uma teoria nova que deve ser melhor desenvolvida através de mesas redondas compostas por representantes de empregados e empregadores para lograrem um consenso.

Assim a empresa moderna que almeje que o empregado não seja um simples robô cumpridor de ordens e limitado ao poder diretivo do empregador deve permitir o uso social do *e-mail* como uma forma de estímulo a produtividade e ao bem estar necessário em um ambiente de trabalho

X- A posição de alguns articulistas sobre o assunto

Resolvemos ilustrar nosso trabalho com a posição de alguns profissionais do direito que lançaram suas opiniões sobre o assunto com o objetivo de demonstrar as divergências e convergências de entendimentos sobre o assunto que parece estar distante de um consenso.

Para Renato Opice Blum e Juliana Canha⁽³⁾ *"No Brasil, a legislação, em tese, proíbe o monitoramento de correios eletrônicos, excetuando-se os casos de prévia ciência do empregado e de ordem judicial. Dessa forma, as empresas brasileiras que quiserem interceptar comunicações terão de se precaver por meio de políticas internas e elaboração de contratos com os empregados, comunicando-os, previamente, que serão monitorados."*

Bernardo Menicucci⁽⁴⁾ entende *"ser possível, ao empregador, precaver-se de possíveis danos à sua imagem e ao seu negócio que, uma vez sucedidos, seriam hábeis a causar grandes prejuízos. No entanto, não há que se confundir este monitoramento de caráter meramente acautelador com uma vigília e uma invasão indiscriminada à privacidade do empregado. Uma vez levado ao conhecimento do empregado que o e-mail nada mais é que uma ferramenta de trabalho, seja através de acordo, convenção coletiva ou do próprio instrumento do contrato de trabalho, estaria descaracterizada a invasão de privacidade, ensejando num monitoramento legalizado. Dessa maneira estaria o empregado previamente alertado de que não deveria dispor de seu instrumento de trabalho para a diversão. Pois de outra maneira estariam caracterizados os requisitos da demissão por justa causa e*

⁽³⁾ BLUM, Renato Opice e ABRUSIO, Juliana Canha. A guerra dos e-mails.[on line] [capturado em 12/06/2002]<<http://www.direitonaweb.com.br/colunista.asp?ctd=1011&l=renato>>

⁽⁴⁾ GROSSI, Bernardo Menicucci, A Privacidade e o Usuário de Correio Eletrônico - Efeitos no Contrato de Trabalho.[on line] [capturado em 14/05/2002] <www.infojus.com.br>

excluídas as possibilidades do empregado demandar em face de seu empregador uma ação de reparação de danos morais causada por uma demissão injusta. Dispõe o art. 482 da CLT as motivações da rescisão do contrato de trabalho por justa causa: b) incontinência de conduta ou mau procedimento; e) desídia no desempenho das respectivas funções; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; k) ato lesivo da honra ou da boa fama (...) contra o empregador e superiores hierárquicos (...). Requisitos estes que se adequam à situação em que o empregado, ao usar o e-mail, emprega finalidade diversa daquela almejada. Importante ressaltar que essencial é a prevenção do empregador em advertir seus funcionários de que existe um monitoramento de caráter essencialmente acautelador, visando um melhor desempenho dos empregados no horário de trabalho e a preservação da honra e da imagem da empresa.”

Para Adriano Campos⁽⁵⁾ o monitoramento “*é viável e juridicamente sustentável, devendo ser utilizado com prudência e cautela, sendo certo que os excessos, ou mesmos lapsos de imprudência, poderão ensejar transtornos reais à vida íntima de seus empregados e terceiros, passível de indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação, nas esferas civil e trabalhista.*

Como cautela, pontos conexos ao monitoramento também devem ser analisados, tais como a responsabilidade civil e criminal da empresa e da pessoa encarregada em executar o monitoramento; a forma como estes dados serão compilados, armazenados e possivelmente repassados para terceiros, bem como a decisão de monitorar ou não as informações potencialmente confidenciais para a própria empresa.”

Henrique Faria⁽⁶⁾ estabelece condição para o monitoramento dizendo que “*a fiscalização e o monitoramento dos e-mails somente poderão ser feitos mediante a prévia anuência dos empregados, por escrito, que deverá ser entregue pelo mesmo no momento de sua contratação ou da implantação de um sistema de e-mails. Essas diretivas devem estar acessíveis aos empregados e ser adotadas como política interna do local de trabalho. É importante ressaltar que mesmo que sejam adotadas todas estas medidas pelo empregador e que as mesmas tenham concordância do empregado, elas*

⁽⁵⁾ MENDES, Adriano Campos de Assis e. Aspectos Jurídicos do Monitoramento de E-mails e de Acesso à Internet em Redes Corporativas. [on line] [capturado em 28 de maio de 2002]

<<http://www.jurisnauta.com.br/>>

⁽⁶⁾ MARTINS, Henrique de Faria. E-mail de Funcionários pode ser violado? [on line] [capturado em 28 de maio de 2002]

<<http://www.cbeji.com.br/artigos/artviolacaodeemails.htm>>

não representam garantias absolutas frente às inúmeras possibilidades que podem surgir no contexto prático de cada caso.”

Sérgio Gonçalves⁽⁷⁾ é mais minucioso e diz que *“As regras devem ser discutidas e adaptadas as realidades de cada empresa mas, em linhas gerais, recursos, locais e ferramentas de trabalho devem ser usados exclusivamente para esta finalidade. É salutar que, dependendo das características da rede da empresa e dos seus empregados, haver uma certa tolerância quanto a navegação e uso da Internet, até mesmo porque a rede é dinâmica e a descentralização das informações leva o usuário a navegar bastante até achar o que precisa. Porém, não é nenhuma ameaça ao empregado ou sua privacidade impedi-lo de usar meios da empresa em benefício próprio ou em prejuízo da empresa e da sua hierarquia, se tal for devidamente explícito a ele desde logo.*

Também não se pode alegar coação ou abuso do poder econômico para que estes aceitem as regras pois, se ele quer sair para passear, use seu salário e compre um carro, mas não use o da empresa, assim como se quer mandar e-mail's, namorar, visitar sites, procurar emprego ou mesmo falar mal do chefe, compre um computador e em sua casa, entre na Internet. Ali sim, sua privacidade estará resguardada e sua navegação pela rede será sempre livre.”

Felipe Siqueira⁽⁸⁾ sugere outra via para evitar transtornos na relação trabalhista aconselhando que *“nunca é demais observar que a dispensa de um empregado acarreta perda para os três lados envolvidos direta e indiretamente: O trabalhador (que estará desempregado); o empregador (que terá que pagar as verbas rescisórias e contratar um novo funcionário para suprir a ausência do dispensado); e o Estado (o País tem o incomportável recrudescimento do desemprego).*

Assim sendo, é aconselhável ao empregador utilizar-se da possibilidade de impedir o acesso a sites impróprios, bem como a transmissão de imagens por e-mail, ou então criar normas internas proibindo ao empregado a utilização da Internet para fins não condizentes com assuntos relacionados à empresa, ou inseri-las até mesmo nos contratos de trabalho, a fim de justificar eventual rescisão da relação empregatícia e evitar possíveis demandas judiciais de parte a parte.”

O Prof. Mauro César⁽⁹⁾ é um dos autores que defendem o monitoramento justificando-o legalmente e estabelecendo um paralelo interessante entre dois direitos constitucionais quando ensina que “A

⁽⁷⁾ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. E-mail x Empregados: é legal o monitoramento pela empresa?

[on line] [capturado em 28 de junho de 2002] <<http://www.direitonaweb.com.br/colunista.asp?l=sergio&ctd=645>>

⁽⁸⁾ SIMÕES, Felipe Siqueira de Queiroz, Internet: Direito do empregado x Interesse do empregador. [on line] [capturado em 10/06/2002]

<<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ctd=1014&ccd=3>>

⁽⁹⁾ SOUZA, Mauro Cesar Martins de. E-mail (... net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado. [on line] [capturado em 28 de junho de 2002] <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>>

inviolabilidade e o direito de propriedade, bem como o atendimento desta à função social, são garantias fundamentais asseguradas na Carta Magna em vigor, donde depreende-se que o proprietário tem "o direito de usar, gozar e dispor de seus bens", sendo certo ainda que "os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem". Neste sentido, privilegiando o direito de propriedade do empregador, a legislação em vigor disciplina que pertencem exclusivamente ao empregador, os inventos (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996) e programas de computador (Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), desenvolvidos por empregados, quando decorrerem de contrato de trabalho.

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."

Por fim exporemos o entendimento do Juiz Luiz Alberto Vargas⁽¹⁰⁾ que traz a baila algumas colocações importantes aqueles que pretendem se aprofundar sobre a questão do monitoramento do e-mail pelo empregador. São elas:

"I. A existência de uma política transparente e proporcionada que faça o empregado consciente do caráter não sigiloso de suas comunicações no local de trabalho é a melhor maneira de conciliar as exigências de segurança com um ambiente de trabalho mais agradável e produtivo. II. Parece ser essencial que a empresa advirta aos empregados de que todas as mensagens, de qualquer tipo, inclusive as protegidas por senhas, estão potencialmente disponíveis para o conhecimento da empresa. III. 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; IV. O monitoramento constante e sem clara finalidade específica de todas as comunicações de "intranet" não é justificável, por desproporcionada; V. O controle por parte da empresa do tempo e dos endereços eletrônicos

⁽¹⁰⁾ VARGAS, Luiz Alberto de. Direito de Privacidade do Correio Eletrônico no Local de Trabalho: o Debate nos Estados Unidos. Revista Trabalhistas. Editora forense e ANAMATRA, Vol I jan/fev/mar/2002.

navegados na internet pelo empregado é razoável, sob o argumento de que a utilização do equipamento empresarial deva ser produtiva.”

Referidas colocações dos autores acima citados espelham o entendimento no sentido favorável ao monitoramento variando apenas quanto as questões de interpretação, grau de permissibilidade admitido e o rito procedimental para essa fiscalização.

O que podemos atestar com transparência é a vontade dos articulistas em dar contornos a norma posta no sentido de adequar os velhos institutos as situações colocadas pela inserção das novas tecnologias na empresa. Este procedimento interpretativo deverá ser fartamente utilizado em benefício dos envolvidos para que sejam amortecidos os impactos negativos e as arbitrariedades que permeiam essas questões enquanto não possuímos normas, convenções e regulamentos de empresa claros que delineiem a utilização dos aparatos tecnológicos colocados a disposição do empregado na empresa.

XI- Jurisprudência nacional

A jurisprudência nacional por incrível que pareça ainda é incipiente, resumindo-se até onde saibamos, a três decisões de tribunais trabalhistas sobre questões envolvendo o uso do *e-mail* pelo empregado na empresa:

A primeira delas refere-se a litígio que teve início com uma reclamação trabalhista ajuizada por funcionário de banco que requereu dentre outras parcelas o direito as verbas resilitórias em virtude da dispensa que considerava imotivada sendo distribuída para a 13ª Vara Trabalhista de Brasília. No momento a reclamada alegou ter rompido o contrato em virtude do reclamante ter enviado através do *e-mail* fornecido pela empresa fotos pornográficas.

O ilustre julgador de 1º grau após citar a doutrina, legislação e a jurisprudência da Corte constitucional concluiu que a prova pretendida pelo reclamado, que evidenciaria a justa causa alegada, não poderia ser admitida em juízo em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do autor.

Segundo descreve na sentença o contra-argumento da Reclamada é de que a conta de *e-mail* por ela fornecida ao reclamante foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, o que não teria observado o autor ao enviar correspondência eletrônica (*e-mail*) remetendo as noticiadas fotos.

Concluiu assim o magistrado trabalhista que “ainda que, se nos autos possa haver prova de que a conta de e-mail tenha sido distribuída ao autor com essa restrição/condição, tal circunstância, de

modo algum, autorizaria o reclamado a, quebrando o sigilo da correspondência, ter acesso ao teor do e-mail sem a anuência do autor, ou de algum dos integrantes da cadeia"⁽¹¹⁾.

No mesmo sentido a Ementa do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo quando deparou-se com um caso interessante sobre a utilização indevida do e-mail pelo empregado em horário de trabalho e pelos meios de produção oferecidos pelo empregador. Referido Acórdão conclui que:

Ementa

Justa Causa. "E-mail" caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inciso VIII). Um único "e-mail", enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.⁽¹²⁾

Depois de prolatada as decisões consideramos as mesmas temeráveis pois dariam carta branca ao empregado que escudado no sigilo de correspondência e da intimidade assegurados na Constituição poderia utilizar-se do *e-mail* para quaisquer fins pois o empregador não teria o direito de filtrá-lo para investigação e correta aplicação dos bens utilizados para a produção. Referidas conclusões não solucionam de maneira eficaz o problema trazendo a nosso sentir maior insegurança nas relações trabalhistas. Lembramos ainda que o direito ao sigilo de correspondência e a intimidade, são iguais aos demais direitos 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.

Não devemos, vale lembrar, permitir que o advento das novas tecnologias provoque o desaparecimento de algumas características, implicações ou abrangências do direito ao sigilo das correspondência e intimidade dos empregados na empresa uma vez que as mesmas são cada vez mais freqüentes e essenciais para o intercâmbio de informação. Não possuímos, ainda premissas legais sobre o assunto no direito atual que viabilizem uma correta aplicação do direito pois o mais correto seria uma reestruturação desse direito adequando-o as novas tecnologias da informação para que não permitam decisões radicais que pendam apenas em benéfico de uma das partes.

Acreditamos que não há como não vulnerar os direitos constitucionalmente protegidos, devendo no entanto o empregador, optar, sensata e ponderadamente, por políticas adequadas de controle da atividade que favoreçam um ambiente de trabalho relaxado e confiável que proporcione autonomia

⁽¹¹⁾ Publicada no site do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região <http://www.trt10.gov.br/publicacoes/sentencas/2000/1300061309102001601.html>

⁽¹²⁾ Publicada no site do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região <http://www.trt02.gov.br>

e intimidade, evitando o receio, a pressão e o mal-estar dos trabalhadores por meio de condutas excessivas derivadas do poder empresarial.

Entendemos que o empregador poderá exercer o controle tecnológico sobre seus trabalhadores, desde que conte com indícios suficientes de que esteja havendo desvio na utilização dos meios de produção e atendendo a estritos critérios de *idoneidade, necessidade e proporcionalidade*, na 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 mas não vetando esse controle em todos os casos.

Por fim queremos deixar claro que muitas especificidades devem ser analisadas na hora de uma decisão judicial e que o monitoramento por parte do empregador é legítimo desde que perpetrado de conformidade com as explicações aqui demonstradas.

Continuando o raciocínio após os regulares trâmites do processo trabalhista a sentença de 1º grau de Brasília sofreu recurso para a instância superior onde foi discutida a questão referente a obtenção lícita ou não da prova bem como a configuração ou não da falta grave nos atos praticados pelo reclamante.

Entendeu a juíza do Tribunal de conformidade com o recurso interposto pela reclamada-recorrente baseando-se no princípio da proporcionalidade que:

“A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada.

A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na

necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.”⁽¹³⁾

Dessa vez em nosso entendimento atentou de forma correta a juíza quando diz que o *e-mail* é uma ferramenta de trabalho colocada a disposição do empregado no trabalho e que portanto o empregador poderá monitorá-lo desde que haja indícios de ma utilização. Veja:

“Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido dos e-mail, por um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.”

Assevera ainda a responsabilidade da empresa pois o empregado utiliza em seu nome *e-mail* para praticar atos de improbidade que poderão ser atribuídos a empresas já que o empregado age em nome dela. Assim se posiciona no Acórdão:

“Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta, em regra, responde solidariamente por tal ato. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado.

Quanto a falta grave a juíza posicionou-se no sentido de que o envio de fotos pornográficas pelo empregado configurou a tipificação legal intitulada *mau procedimento* que permite o rompimento do vínculo empregatício por parte do empregador sem ônus através da dispensa chamada sem justa causa.

É curioso que já nos idos de 1968 acontecimentos semelhantes a este já ocorriam porém com instrumentos diferentes pois aquela época a informática era incipiente nos estabelecimentos. Segundo descreve Antônio Lamarca⁽¹⁴⁾ a época que um empregado introduziu sorrateiramente uma

⁽¹³⁾ Fragmentos do Acórdão publicado na Revista Consultor Jurídico de 06 de julho de 2002. Site: <http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=11595&ad=b>

⁽¹⁴⁾ LAMARCA. Antônio. Contrato Individual de Trabalho, ed. Revista do Tribunais, pag 392, 1968, São Paulo.

revista pornográfica (de circulação proibida) numa seção onde trabalhavam menores de ambos os sexos daí este ato único gerou o despedimento pela figura do mau procedimento.

Segundo Cesarino Júnior o mau procedimento vem a ser "*a atuação desenfreada, desordenada, fora dos moldes normais*"⁽¹⁵⁾

A nosso ver a juíza enquadrou de forma correta no que concerne ao ato praticado pelo reclamante pois o envio das fotos mencionadas deve ser considerado como um mau procedimento do mesmo no desempenho de suas funções de acordo com a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência que considera esta figura como um desvio de conduta ligado a prática sexual ou sua divulgação de maneira direta ou indireta.

Além disso outras figuras colacionadas no artigo 482 da CLT podem ser enquadrados a título de exemplo, (pois quase todas as faltas graves podem ser praticadas pela via eletrônica além, é claro, de outras que nem possuem previsão legal trabalhista) nas condutas de empregado que utiliza-se do *e-mail* para fins diversos.

A primeira delas é a desídia que é segundo Russomano "*a negligência, a imprudência, a má vontade, o descaso revelados pelo trabalhador na execução de tarefas que lhe são confiadas. É aquele que brinca em serviço desviando a atenção do trabalho*"⁽¹⁶⁾

Na hipótese do Acórdão se o empregado habitualmente envia arquivos por *e-mail* durante o expediente certamente estará, dependendo da proporção, praticando esta falta grave pois enseja uma queda em sua produção ou qualidade dos serviços prestados pela perda de tempo desperdiçado em outras atividades diversas das quais foi contratado.

Outra figura que pode ser ensejada é a da *indisciplina* pois segundo Russomano⁽¹⁷⁾ "*o trabalhador quando contratado, celebra pacto que, via de regra, é do tipo dos contratos de adesão. Nele ficam implícitas todas as cláusulas disciplinares mencionadas no regulamento interno da empresa. O regulamento dita, portanto, genericamente, regras que pautarão o modo de agir de todos os empregados dentro do estabelecimento, disciplinando a conduta dos mesmos. Logo qualquer violação*

⁽¹⁵⁾ CESARINO Jr. A. F. Direito Social Brasileiro, editora Saraiva, São Paulo 1970, volume II, pag. 231).

⁽¹⁶⁾ RUSSOMANO, Mozart Victor. O empregado e o empregador no Direito brasileiro. Editora forense, 7º edição, 1984, pág 349.

⁽¹⁷⁾ RUSSOMANO, Mozart Victor. O empregado e o empregador no Direito brasileiro. Editora forense, 7º edição, 1984, pág 361.

do regulamento é ato que quebra norma disciplinar da empresa, por outras palavras ato de indisciplina."

Portanto o ato do empregado em utilizar-se dos meios eletrônicos dispostos como ferramenta de trabalho para outros fins enseja o cometimento desta falta grave principalmente quando houver regulamento de empresa regulando o manuseio.

Sendo assim entendemos que a utilização do *e-mail* poderá ensejar várias figuras típicas que determinam o rompimento do vínculo empregatício por justa causa e não apenas o da figura do mau procedimento como entende alguns autores como Romita⁽¹⁸⁾ quanto diz que "*o uso indevido do correio eletrônico configura mau procedimento, previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 482, "b") como falta grave que autoriza o empregador a despedir o empregado, sem quaisquer ônus*".

Existe ainda e por fim um segundo aspecto da decisão prolatada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região mencionado que diz respeito a proporcionalidade da falta. Conclui o Acórdão que "*Um único "e-mail", enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa*".

Devemos reconhecer que o trabalhador deva ter direito a uma comunicação externa durante o horário de trabalho, incluído dentro da empresa. O empregador tem que aceitar o que se denomina direito ao *uso social do e-mail*. Logicamente, dentro do ambiente de trabalho também pode haver o uso pessoal, não abusivo e justificado, dos meios e comunicação da empresa.

Referidos acontecimentos são cada dia mais usuais, proporcionados pela evolução da nova organização do trabalho: da mesma maneira que o empregador pode exigir, em determinadas circunstâncias, que o trabalhador não somente opere no âmbito da empresa, senão também de seu domicílio – o que se conhece como teletrabalho – é lógico também que o empresário permita uma determinada permeabilidade, não abusiva, e o uso pessoal dos meios de comunicação.

É um intercâmbio moderno: se em uma empresa flexível corresponde a um trabalhador flexível, é lógico que o trabalho estritamente profissional e o pessoal terão fronteiras muito mais flexíveis, difíceis de separar de maneira absoluta.

É muito difícil que um empresário moderno, que se preocupe com os aspectos concernentes a qualidade na relação de trabalho, a participação dos trabalhadores e a identificação com os objetivos da empresa, seja um empresário que direcione, de maneira absoluta, seus próprios meios de

⁽¹⁸⁾ ROMITA, Arion Sayão. Uso indevido do correio eletrônico como justa causa para despedida. Repertório de jurisprudência IOB. 1º quinzena de agosto de 2002, n 15 caderno 2, pág. 421.

comunicação para um determinado uso de caráter trabalhista, seria muito difícil, e cremos que seria uma opção retrógrada.

O empresário que opte por isso, é um empresário que não teria nenhuma justificção para exigir uma cota pessoal ao próprio trabalhador, mais além do que estritamente profissional. Hoje em dia os empresários modernos entendem que tudo que seja de conhecimento pessoal do trabalhador redunde em benefício da eficiência da empresa. O problema está em ver que o uso social, o uso extra profissional, não tenha elementos de abuso e prejuízo objetivo para empresa e é ali onde temos que intentar lograr um equilíbrio.

Assim o correio eletrônico pode ser utilizado no âmbito da empresa, porém de forma moderada e que não implique em prejuízos funcionais ou de qualquer outra ordem a Empresa. A ótica a ser observada não deve ser limitada a quantidade de e-mail's e sim a prejudicialidade que sua utilização possa ocasionar a empresa.

XII- Jurisprudência estrangeira

No direito comparado podemos constatar um avanço considerável no que diz respeito regulamentação e até mesmo jurisprudência envolvendo questões trabalhistas veiculadas a informática, como é o caso de recente decisão da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça Catalunya composta pelos doutores. José Quetcuti Miguel, Francisco Javier Sanz Marcos e Rosa Maria Virolés Pinõl no processo de número 4854/2000 onde tiveram a oportunidade de julgar um caso envolvendo a "*informatização da demissão*".

Entenderam os julgadores que o envio por parte do empregado sem autorização da empresa de 140 mensagens (e-mail's) a 298 destinatários de natureza obscena, humorística e sexual a terceiros e a outros colegas de trabalho alheios a sua função gera demissão do empregado sem direito a indenização e salários em tramite e absolvição da empresa.

Uma das justificativas para a decisão colegiada é a de que o empregado concorreu em incumprimento de sua real prestação de serviços uma vez que a empresa demandada só permite a utilização deste sistema de comunicação por motivos de trabalho.

O trabalhador ao utilizar dos meios informáticos por conta da empresa em grande número de ocasiões para fins alheios a sua atividade e comprometendo a atividade laboral de outros empregados,

transgrediu a boa-fé contratual, violando os deveres de conduta e cumprimento dos deveres de boa-fé contratual que se impõe ao trabalhador.

No presente caso a natureza e características do ilícito descrito supõem uma clara infração dos deveres de lealdade laboral que justificam a decisão empresarial de extinguir o contrato de trabalho.

XIII- Informatização da demissão

Como podemos perceber já existem discussões na doutrina e jurisprudência sobre o assunto que necessitam de uma grande evolução para conseguir uma correta e justa aplicação do direito posto e preferencialmente do direito que deve ser legislado de maneira específica. Porém enquanto não somos brindados com a normatização específica podemos utilizar aplicando o princípio da subsidiariedade as normas da CLT com vistas a impedir arbitrariedades ou atos contrários ao direito seja por parte do empregador seja por parte do empregado.

Só para que tenhamos uma pequena idéia da importância do assunto podemos constatar que em quase todas as faltas graves mencionadas na CLT podem ser ocasionadas pelo manuseio das máquinas eletrônicas senão vejamos uma por uma por meio de exemplos:

Art. 482 da CLT, práticas que ensejam a justa causa para rescisão do contrato pelo empregador:

- a) *ato de improbidade*- furtar programa desenvolvido pela empresa ou desviar o pagamento de salário dos funcionários para conta corrente do autor do delito;
- b) *incontinência de conduta*- divulgar no site da empresa ou enviar a outros funcionários fotos de natureza sexual; ou mau procedimento- enviar de *spams* (mensagens não solicitadas);
- c) *negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregado, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço*-

quando o empregado se utilizar dos produtos da empresa, bem como de seu site para venda de produtos de outra empresa;

d) *condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena*- no caso do empregado ter sido condenado por pedofilia praticada via internet;

e) *desídia no desempenho das respectivas funções*- no caso do empregado permanecer horas navegando na internet e prejudicando seus serviços além do prejuízo material para empresa;

g) *violação de segredo da empresa*; quando o empregado utilizar os meios eletrônicos para violar documentos secretos que não podem ser divulgados sob pena de causar prejuízos ao empregador.

h) *ato de indisciplina* quando o empregado utilizar o *e-mail* para fins pessoais mesmo sabendo que existe no regulamento de empresa norma que o proíbe da prática ou de *insubordinação* no mesmo caso quando o chefe imediato ordena a desconexão do empregado da internet.

j) *ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem*- quando tais ofensas são instrumentalizadas via *e-mail* ou em sites da *internet*;

k) *ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem*- da mesma forma da alínea j quando tais ofensas são instrumentalizadas *via e-mail* ou sites da *internet*;

l) *prática constante de jogos de azar*- jogo de cartas disponível em programa de computador e praticado em horário de expediente pelo empregado.

Tais punições devem ser estabelecidas pelo empregador desde que comprovadas e seguindo a mesma orientação denexo causal sendo expedidas de forma atual e proporcional ao ato praticado pelo empregado para que possa receber a chancela de validade por parte do judiciário trabalhista, observando, é claro, os meios de apuração de faltas cometidas pelo empregado via *e-mail* de maneira que não interfira no direito de intimidade e privacidade do empregado.

XIV- Direito Comparado

Nos resta indubitável que o uso desenfreado e abusivo pelo empregado do *e-mail* fornecido pelo empregador é uma prática condenável. Por isso precisamos de regras claras que direcionem essas questões para que não tenhamos que presenciar arbitrariedades de ambos. Como já salientamos, todas propostas no sentido de vedar ou permitir irrestritamente o uso do correio eletrônico são

consideradas extremas, ineficazes e inúteis. O que necessitamos são de regras que sejam pautadas no respeito, proporcionalidade e principalmente equilíbrio na utilização dos aparatos eletrônicos.

No **Reino Unido**, por exemplo já existe forma legal a polêmica questão da intervenção do correio eletrônico dos trabalhadores as chamadas *Lawful Business Practices Regulations*, em desenvolvimento da *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*. Esta norma autoriza a empresa a controlar, interceptar e gravar qualquer chamada telefônica, correio eletrônico ou a navegação pela internet, sem anuência do trabalhador, sempre que a finalidade de tal interceptação esteja determinada em algum preceito legal

Esse procedimento legal como era de se esperar trouxe a baila uma série de discussões por trazer dispositivos que vão de encontro com normas superiores a nível internacional como o artigo 8 (direito a privacidade) da Convenção Européia de Direitos Humanos, que foi integrada ao ordenamento jurídico britânico (Human Rights Act), como a normativa vigente de proteção de dados (Data Protection Act). Las *Lawful Business Practices Regulations*.

Na **Gran Bretaña** a *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, vigente desde 24 de outubro permite o acesso do correio eletrônico do empregado utilizado de forma indevida (uso não autorizado) pelo empregador.

Na **França** no caso *Tareg Al Baho, Ministere Public / Françoise V, Merc F et Hans H* o Tribunal Correccional de Paris condenou os demandados (Diretores da Escola Superior de Física e Química Industrial de Paris) por violação do segredo de correspondência do demandante, porque suspeitaram que o mesmo estava sendo usado para fins pessoais, pois que a Justiça Francesa entende que as contas de correio eletrônico estão amparadas pelo segredo de correspondência.

Na **Bélgica** o Tribunal do Trabalho de Bruxelas proferiu sentença em 02 de maio de 2000, baseado no artigo 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos, entendendo que o envio de correio eletrônico pessoal enviado da empresa pertence a vida privada do trabalhador, considerando que o mero atestado do número de correios, seu tamanho e seu caráter privado, são dados suficientes para proceder a sanção sem necessidade de intervir no conteúdo do mesmo.

Na **Holanda** a lei de proteção de dados pessoais de 2001, permite o monitoramento das atividades eletrônicas dos trabalhadores desde que haja a participação do sindicato ou representante dos

trabalhadores para acompanhar ou elaborar o sistema de controle. Assim mesmo obriga a empresa a fazer publicas suas metas de controle aos trabalhadores.

No **Japão** em agosto do ano de 2000 entrou em vigência a lei de interceptação das comunicações, pela qual permite o acesso dos correios eletrônicos no curso da investigação de crimes sérios, como o assassinato, dentre outros

Os **Estados Unidos da América** conta com leis de proteção como: The federal Wiretapping Act y Electronic Communications Privacy Act de 1986 que proíbe a interceptação de comunicações eletrônicas, porém permite excessões como a dada através do consentimento do afetado. Muitos Estados tem adotado leis similares a esta lei federal como o Estado de Maryland e o da Flórida, que requerem o consentimento de ambas as partes antes de que o empregador possa vigiar o correio eletrônico. Assim a jurisprudência americana tem resolvido na maioria dos casos a favor do monitoramento do correio eletrônico pelas empresas.

No Brasil não possuímos regulamentação legal da matéria. Temos conhecimento apenas de algumas decisões sobre o assunto dos Tribunais do Trabalho de São Paulo e Brasília passíveis de comentários anteriores de maneira específica.

De todo o demonstrado devemos entender que não podemos, principalmente em matéria jurídica dar soluções as questões virtuais de forma radical, concordamos com o autor espanhol Villahermosa quando assevera que o segredo das comunicações não deve ser tratado e aplicado da mesma forma com o correio eletrônico na esfera trabalhista. Não podemos dizer que o trabalhador possa utilizar indiscriminadamente o *e-mail* para fins pessoais (salvo o que diz respeito a teoria do usos social do *e-mail*), porém tampouco o empresário pode proibir radicalmente seu uso. O mais aconselhável é que seja estabelecido um espécie de "Código de Conduta" para a utilização do *e-mail* no ambiente de trabalho com instruções claras, regras de uso do *e-mail*, consultas e mesas redondas com os representantes dos sindicatos dos trabalhadores, etc...

O monitoramento deve seguir uma espécie de caminho que leve ao conhecimento do conteúdo do *e-mail* em último caso e desde que existam suficientes indícios de conduta ilegítima por parte do empregado. Nosso entendimento vai de encontro com o de Villahermosa ⁽¹⁹⁾ quando diz que uma coisa é o controle do "assunto" ou "destinatário" da mensagem e outra, bem diferente é acessar indiscriminadamente o conteúdo das mensagens salientes ou estranhas. O acesso ao conteúdo deve ser restrito e conhecido somente quando conduza irremediavelmente a um possível ato ilícito ou que enseje uma das modalidades de falta grave prevista na Consolidação das Leis do Trabalho. Aconselhamos sempre que seja evitado o conhecimento do conteúdo do correio eletrônico

⁽¹⁹⁾ VILLAHERMOSA, Alfonso. Privacidad Laboral [on line] [citado 03 de junho de 2002] Disponível na Internet em <www.alfa-redi.org>

recorrendo-se primeiramente para a certificação da falta grave através das verificação do "subject" ou o "destinatário" do mesmo, para que mediante suspeitas seja adentrado no seu conteúdo para a comprovação dos indícios sugeridos.

Somos favoráveis a criação de leis que estabeleçam normas para a utilização do e-mail, porém não podemos conceber que uma norma dê total liberdade a uma parte restringindo o direito das demais. Não podemos nem permitir o uso irrestrito do *e-mail* pelo empregado e muito menos permitir em qualquer hipótese o monitoramento por parte do empregador. Devemos nos pautar como já salientamos em soluções mais equilibradas e de respeito aos direitos dos atores sociais.

XV- 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⁽²⁰⁾ o conteúdo do Código de postura seria disposto da seguinte forma:

A) 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 tem direito a utilizar as ferramentas informáticas da empresa para comunicação com seu sindicato/comitê de empresa e seus representantes.

B) 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 interna como externa desde que não abusiva e com a condição de que não interfiram em suas responsabilidades profissionais (uso social do *e-mail*).

C) Controle e vigilância da 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.

D) Condições relativas ao uso de ferramentas informáticas- Os empregados tem o direito de usar as ferramentas informáticas da empresa com a seguintes 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

⁽²⁰⁾ BARBA, Francisco Barba et PIÑERO, Miguel Rodríguez. Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español.[on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <http://v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=157693>

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.

Outras premissas que também podem ser observadas como as expostas pelo Prof. Mauro Cesar⁽²¹⁾ que delineiam a política efetiva de comunicações eletrônicas, nos EUA, adaptada as particularidades locais de cada empresa, com expressa anuência por escrito dos empregados, que poderia ser composta dos seguintes elementos essenciais:

- Declaração de que a rede computacional é de propriedade da empresa;
- Garantir o direito de monitorar e interceptar o correio eletrônico;
- Declaração de que a correspondência eletrônica pode não ser apagável;
- Proibir a transmissão de declarações sexualmente ofensivas, agressivas ou difamatórias;
- Proibir a cópia, distribuição ou impressão de material protegido por direitos autorais;
- Proibir o uso da rede para atividades não relacionadas com a firma;
- Proibir o uso da rede para atividades ilegais ou que interfiram com o trabalho de outros;
- 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**).

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

⁽²¹⁾ SOUZA, Mauro Cesar Martins de. E-mail (... net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado. [on line] [capturado em 28 de junho de 2002] <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>>

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

XVI- Processo de adaptação

Em matéria de relações trabalhistas temos passado por grandes mudanças. Essas transformações estão dentro de um âmbito mais amplo: O direito na internet. Estamos assistindo ao nascimento do Direito das novas tecnologias. Uma espécie de ciência autônoma do direito que atinge e influi em todos os ramos do Direito.

Estamos em um impasse objetivo, uma vez que os protagonistas das relações trabalhistas, tanto os sindicatos como empresários, estão acostumados a um sistema de organização de trabalho próprio do fordismo, da grande empresa, do trabalho em cadeia, o que não corresponde mais ao modelo hoje visto em uma empresa moderna e competitiva..

A revolução tecnológica tem sido tão avassaladora que tem transformado completamente o cenário da organização do trabalho. Agora a indústria flexibiliza os turnos de trabalho, descentraliza a empresa operando através de sujeitos infinitamente mais pequenos e dispersos no território.

Estamos vivenciando um dilema pois nossos especialistas e legisladores estão arraigados a velhos institutos tradicionais e os sindicatos amarrados a peias retrógradas e limitados em seu poderio são inibidos a praticar mudança e inserir cláusulas em convenções estatuidando o *modus operandi* das máquinas eletrônicas. Seria portanto, impraticável, nesse momento, a reprodução da atividade sindical feita nas grandes empresas, aonde todos trabalhavam nos moldes de grandes cadeias, em concentrações massivas de trabalhadores.

Possuímos um ordenamento jurídico inapto a conjuntura tecnológica e econômica. Tal situação traz uma série de malefícios para o contrato de emprego e as relações de trabalho como um todo pois sem esta adaptação a realidade tecnológica e a organização do trabalho, estamos contribuindo para o retrocesso da economia a medida em que criamos desestímulos legais para a implantação da tecnologia por gerar conflitos de difícil solução.

Para não sermos ameaçados com a extinção ou lesão de direitos fundamentais por exemplo devemos nos posicionar claramente com os fatos advindos do caso concreto estabelecendo diretrizes gerais que não beneficiem apenas umas das partes. Por isso somos favoráveis a interpretações e decisões baseadas no equilíbrio de direitos que permitam resguardar o direito do empregador de dirigir a empresa tendo acesso de forma razoável ao *e-mails* dispostos e a liberdade de comunicação do empregado através do uso social do *e-mail*.

Cabe por fim a nós alertar a todos que passamos por uma revolução cibernética que atinge em cheio as relações trabalho e que portanto devem ser estudadas e solucionados os conflitos provenientes

dessas transformações munindo os atores sociais de arcabouços jurídicos e legais aptos para lidar com esses tipos de relações com vistas a criar um equilíbrio social entre os empregadores e empregados no trato das questões envolvendo as relações entre o direito do trabalho e a informática.

XVII- Bibliografia

- Anteprojeto de lei argentino de protección Del correo electrónico nº 333/2001 da Secretaria de Comunicações (B.O., 11/09/2001)
- ARANA, Juan Francisco. Peru: El derecho a la Intimidad y El Avance de la Informática [online] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/48-12.asp>>
- ARANA, Juan Francisco. Peru: El derecho a la Intimidad y El Avance de la Informática. [online] [capturado em 10 de agosto de 2002], < <http://www.alfa-redi.org/revista/data/48-12.asp>>
- ARZABE, Jorge. Violação de e-mail é prova ilícita- E-mail monitorado por empregador não é prova lícita para demissão por justa causa. [online] [capturado em 12 de junho de 2002], <<http://cartamaior.uol.com.br/CMSemanal/juridico.asp?id=187>>
- ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. Internet e o Direito, Inédita, Belo Horizonte, 2000.
- BARBAGALO, Érica Brandini. Contratos eletrônicos. Saraiva, São Paulo, 2001.
- BLUM, Renato Opice. Direito Eletrônico: A internet e os Tribunais, Edipro, São Paulo/Bauru, 2001.
- BLUM, Renato M.S. Opice et ABRUSIO, Juliana Canha . A guerra dos e-mails. [online] [capturado em 12/06/2002] <<http://www.direitonaweb.com.br/colunista.asp?ctd=1011&l=renato>>
- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. Contratos via internet. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- CASTRO, Gustavo de et CASTANHEIRA, Patrícia. Aspectos trabalhistas relacionados ao acesso à rede. [online] [capturado em julho de 2002] <<http://www.apoena.adv.br/internet.htm>>
- CASTILLA, Ramón. España: Consecuencias Jurídicas en el uso de Internet (II): Aspectos Penales y Laborales. [online] [capturado em 10 de agosto de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/data/31-9.asp>>
- COIMBRA, Márcio Chalegre. A inviolabilidade dos e-mails. [online] [Capturado 22.Jul.2002] <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1787>>

- DIAZ, Alexander. Colombia-Desvinculación del Servidor Oficial por uso indevido del E-mail. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/data/43-8.asp>>
- DORREGO, Claudia Silvina. Argentina: La Desaparición Forzada de Datos Personales: su venta ilegal y la prevención en el derecho internacional.[on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/data/29-8.asp>>
- DORREGO, Claudia Silvina. Argentina: La Protección de los Datos Personales, Un avance positivo. .[on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/26-14.asp>>
- GALDÓS, Jorge Mario. Correo electronico, privacidad y danos. [on line], [citado em julho de 2001], <<http://www.alfa-redi.org>>
- GAZMURI, Iñigo de la Maza. El Correo en los tiempos de internet. [citado em julho de 2002]. <<http://www.alfa-redi.org>>
- GIRALDO, Argiro. Colombia: El Secreto en la Comunicación por Correo Electrónico
- [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/26-12.asp>>
- GÓIS JÚNIOR, José Caldas. O Direito na Era das Redes: A liberdade e o delito no ciberespaço, Edipro, 1^o. edição, 2002.
- GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. E-mail x Empregados: é legal o monitoramento pela empresa? [on line] [capturado em 20 de julho de 2002]
- <<http://www.direitonaweb.com.br/colunista.asp?!=sergio&ctd=645>>
- GONZALÉZ, Miguel Ángel Fernandez. LA protección del derecho de la vida privada en internet y otros medios de comunicación electrónicos. .[on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/> >
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Informática e criminalidade (primeiras linhas). Editora nacional de direito, Ribeirão Preto/São Paulo, 2001.
- FILHO, Demócrito Reinaldo. Direito da Informática: temas polêmicos, Edipro, 1^o. edição, São Paulo/Bauru, 2002.
- GRECO, Marco Aurélio et SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada, editora revista dos tribunais, São Paulo, 2001.

- GRECO, Marco Aurélio. Internet e Direito, Dialética, 2^o. edição, revista e aumentada, São Paulo, 2000.
- GROSSI, Bernardo Menicucci. A Privacidade e o Usuário de Correio Eletrônico - Efeitos no Contrato de Trabalho, [on line] [capturado em 14/05/2002] <www.infojus.com.br>
- HERRERA, Rodolfo. Chile: Observaciones a las definiciones de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/49-8.asp>>
- HERRERA, Rodolfo. Chile: Privacidad e Internet: El Problema del Tratamiento Invisible y Automatizado de Datos Personales. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/47-3.asp>>
- HESS Christian. Costa Rica: Derecho a la Privacidad y Cookies. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <http://www.alfa-redi.org/revista/data/25-2.asp>HOLCBLAT, Alexander

- Rosemberg et SANZ, Moirah Sánchez. El derecho a la privacidad en internet. [on line] [capturado em 23 de julho de 2002], < <http://www.alfa-redi.org/revista/>>
- JEANGORGES, Gonzalo. Argentina: El primer fallo que ampara el E-mail en la Argentina. Caso de violación & publicación indebida. [on line] [capturado em 30 de março de 2002], < <http://www.alfa-redi.org/revista/>>
 - JUNIÓR, Itamar Arruda. Legalidade do monitoramento de E-mail do empregado. [on lien] [capturado em 11 de agosto de 2002] <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ctd=1127&ccd=3>>
 - JUNIOR, Josenivaldo Benito et DELGADO, Rodrigo Mendes. A ética no e-mail. [on line], [citado em julho de 2002] <http://www.apoena.adv.br/etica_email.htm>
 - JUNIOR, Osmar Lopes. Controle de acesso a Internet pelas empresas x direito de privacidade.[on line], [capturado em abril de 2002] <<http://www.revista.unicamp.br/infotec/artigos/osmar2.html>>
 - LETIERI, Fernanda Pires. A fiscalização de e-mails e o direito à privacidade. Gazeta Mercantil – pág 2-24 de 24 de julho de 2002
 - LUCCA, Newton De et SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Direito e Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes, Edipro, São Paulo/ Bauru, 2000.
 - LUZ, Bibiana. Argentina: El teletrabajo la opción de hoy. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002],<http://www.alfa-redi.org/revista/data/36-6.asp>
 - MAGLIONA, Cláudio. Chile: Protección de Datos Personales. Políticas de Privacidad. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/45-3.asp>>
 - MARTINS, Henrique de Faria. E-mail de Funcionários pode ser violado? [on line] [capturado em 28 de maio de 2002]
 - <<http://www.cbeji.com.br/artigos/artviolacaodeemails.htm>>
 - MENDES, Adriano Campos de Assis e. Aspectos Jurídicos do Monitoramento de E-mails e de Acesso à Internet em Redes Corporativas. [on line] [capturado em 28 de maio de 2002, < <http://www.jurisnauta.com.br/>>
 - MENDONZA, Amílcar. Peru: Los Cookies: ¿amenaza a la privacidad de información en la internet?. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/>>

- MORAES, Nuno. Portugal: O regime Jurídico Português da Protecção de Dados Pessoais: Notas introdutórias à protecção de Dados pessoais em Portugal. ?. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/46-10.asp>>
- NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Violação de e-mail é crime?. [on line] [Capturado 22.Jul.2002] <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1789>>
- PEREIRA, Marcelo Cardoso. A protecção jurídica do e-mail, enquanto meio de comunicação privada, no Direito Penal espanhol. [on line] [Capturado 22.Jul.2002] <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2442>>
- PEREIRA, Marcelo Cardoso. A protecção jurídica do e-mail, enquanto meio de comunicação privada, no Direito Penal espanhol [on line] [citado em julho de 2001] <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?d=2442>>
- REGIL, José Enrique Regil. Mexico: Ergonomía informática. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/data/42-2.asp>
- REIS, Maria Helena Junqueira. Computer crimes. Del Rey, Belo Horizonte, 1997.
- RIANDE, Noe. Mexico: Privacidad, Autodeterminación Informativa y la Responsabilidad de proteger los bienes de uso común. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/data/48-15.asp>>
- ROSEMBERG, Alexander. Venezuela: El Derecho a la Privacidad en Internet. [on line] [capturado em 11 de abril de 2002], < <http://www.alfa-redi.org/revista/>>
- ROVER, Aires José Rover. Direito, Sociedade e Informática – Limites e Perpectivas da vida digital, Fundação Boiteux, 2000.
- SANCHEZ, Carlos. España: Intimidad: Un derecho en Crisis. La Erosión de la Privacidad. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002], < <http://www.alfa-redi.org/revista/>>
- SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos et WAISBERG, Ivo. Comércio Eletrônico, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- SIMÕES, Felipe Siqueira de Queiroz Simões Internet: Direito do empregado x Interesse do empregador. [on line] [capturado em 10 de junho de 2002] <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ctd=1014&ccd=3>>
- SOUZA, Mauro César Martins. E-mail (... net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado. [on line] [capturado em 13 de julho de 2002] <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>

- SOUZA, Marcos Antonio Cardoso de. Sigilo das mensagens eletrônicas dos funcionários de empresas e órgãos públicos. [Capturado 22.Jul.2002] [on line] <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1788>>
- TRONCOZO. Fabio Ruben Troncozo. Mexico: El Derecho a la Intimidad y el Derecho a la Información: ¿garantías encontradas?. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002], <<http://www.alfa-redi.org/revista/>>
- URIOSTE, Mercedes. Protección de datos personales. [on line] [citado em agosto de 2001], <<http://www.alfa-redi.org>>
- VARGAS, Luiz Alberto de. Direito de Privacidade do Correio Eletrônico no Local de Trabalho: o Debate nos Estados Unidos. Revista Trabalhisas. Editora forense e ANAMATRA, Vol I (jan/fev/mar/2002)
- VELASCO, José Ramón Perez de Velasco. España: Protección de Datos de Carácter Personal. [on line] [capturado em 10 de agosto de 2002] <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/28-6.asp>>
- VIGOUROUX, Ana. Venezuela: Del Deber de Retención de los Datos de Tráfico relativos a las Comunicaciones Electrónicas. [on line] [10 de agosto de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/data/51-9.asp>>
- VILLAHERMOSA, Alfonso. España: Privacidad Laboral. [on line] [capturado em 03 de junho de 2002] < <http://www.alfa-redi.org/revista/>>