



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
DANIEL NUNES RICARDO**

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ACESSO DO EMPREGADOR AO CORREIO
ELETRÔNICO CORPORATIVO DO EMPREGADO**

**Florianópolis
2011**

DANIEL NUNES RICARDO

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ACESSO DO EMPREGADOR AO CORREIO
ELETRÔNICO CORPORATIVO DO EMPREGADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como parte das atividades para obtenção do título de bacharel, do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Airton L.C.L. Seelaender, Dr.

**Florianópolis
2011**

DANIEL NUNES RICARDO

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ACESSO DO EMPREGADOR AO CORREIO
ELETRÔNICO CORPORATIVO DO EMPREGADO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do Título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, _____ de _____ de 2011.

Prof. e orientador Airton L.C.L. Seelaender, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Reinaldo Pereira e Silva, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.
Universidade Federal de Santa Catarina

Dedico este trabalho a meus pais, Luiz e Maria Nilza, sem os quais não teria conseguido empreender esta caminhada dentro da UFSC, e a Consuelo Coelho Haviaras, gerente da Divisão de Saúde e Segurança do Trabalho da ELETROSUL Centrais Elétricas SA, pelo apoio, carinho e compreensão.

AGRADECIMENTOS

À excelentíssima senhora juíza titular da vara do trabalho de Imbituba, Maria Aparecida Ferreira Jerônimo; e ao doutrinador e juiz do trabalho da 15ª Região Jorge Luiz Souto Maior, por me chamarem a atenção para a importância e a beleza do trabalho que é empreendido no ramo especializado, e assim darem um novo rumo a minha vida.

RESUMO

O acesso do empregador ao correio eletrônico corporativo do empregado não constitui desdobramento normal do poder de vigilância patronal e ofende direitos fundamentais dos trabalhadores, por aviltar o direito fundamental à privacidade, além de encontrar óbice constitucional expresso e intransponível no art. 5, XII, *caput*, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Privacidade. Correio eletrônico. Poderes do empregador. Violação de correspondência. Prova ilícita.

ABSTRACT

Brazilian law does not bear the possibility of someone having his or her electronic mail box unprotected from intrusions by his/her employer, since this is not a regular consequence of surveillance powers, for it annihilates the constitutional system when it comes to the right of privacy, inasmuch as the secret of correspondence is protected by article 5, XII, *caput*, of the Brazilian Constitution.

Keywords: Privacy. Electronic mail. Employer`s powers. Violation of correspondence. Illegal evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO À PRIVACIDADE	Erro! Indicador não definido.
2.1 CONCEITO	15
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PRIVACIDADE.....	17
2.3 O DIREITO À PRIVACIDADE E SUA TUTELA NO ORDENAMENTO PÁTRIO .	18
3 ACESSO DO EMPREGADOR AO E-MAIL DOS TRABALHADORES	23
3.1 PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR.....	23
3.2 PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR E A FICALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO.....	25
3.3 IMPOSSIBILIDADE DA NORMATIZAÇÃO DO ACESSO AO E-MAIL POR REGULAMENTO DE EMPRESA OU NORMA COLETIVA.....	42
4 PROPOSTAS PARA CONCILIAR OS INTERESSES CONTRAPOSTOS	46
4.1 EMPREGADORES, EMPREGADOS E A BOA-FÉ OBJETIVA.....	46
4.2 EMPREGADORES E O USO CORRETO DAS NOVAS TECNOLOGIAS	47
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O solapamento progressivo da intimidade das pessoas é uma tendência cada vez mais forte, e muitos diriam irreversível na sociedade contemporânea. Seja no celular equipado com GPS e *Google maps* permitindo localizar o portador, seja nas câmeras de segurança da polícia militar ou nos *reality shows* da televisão, o fato é que vivemos em uma sociedade voyeurista, invasiva, e nem sempre nos damos conta da insidiosa e constante observação e documentação do que ocorre na nossa intimidade.

Tal fato ganha contornos ainda mais preocupantes, e por vezes mesmo dramáticos, quando se pensa na utilização de tais instrumentos de observação (e controle) nas relações de trabalho, que já por sua própria característica são marcadas pela subordinação e hipossuficiência.

Por isso, não obstante o TST venha se manifestando pela legalidade dessa vigilância quando provocado (AIRR 1542/2005-055-02-40, 12/06/2008, Relator Min. Ives Gandra Martins; RR-613/2000-013-10-00, 10/06/2005, Rel. Min. João Oreste Dalazen), cremos que, devido não só a sua atualidade como também à escassez de pesquisas sobre o assunto, nos cumpre empreender uma investigação acerca do tema.

Tendo como o lastro a nossa Lei Maior, que protege o direito a intimidade e a vida privada de todos, procuraremos analisar este panoptismo diário que nos foi imposto também no ambiente de trabalho e como (ou antes, se) certos atos patronais e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema se harmonizam (ou não) com o sistema jurídico como um todo.

Basta um passar de olhos despreocupado pela Constituição da República para se perceber que a proteção que o ordenamento pátrio dispensou à matéria foi erigida ao patamar de direito fundamental do cidadão, pois conforme o disposto no art. 5º, X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Além disso, o art. 1º, III, torna a dignidade da pessoa humana um dos lastros da República Federativa do Brasil, e toda a matéria em discussão tem no referido princípio a seu ponto de partida.

Segundo afirma Paulo Bonavides¹, com base nos ensinamentos de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”. Já José Afonso da Silva² nos ensina que os princípios são “ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas”, constituindo, portanto, normas fundamentais, de caráter mais genérico, que são especificadas através das normas regras, que lhe trazem maior concretude e aplicabilidade mais direta. As normas regra, todavia, não podem afastar-se do comando primário que lhes constitui o fundamento (daí o vocábulo *princípio*) **e à luz da qual devem ser interpretadas.**

Dentre os nossos princípios constitucionais positivos, ergue-se o da dignidade da pessoa humana mesmo como uma espécie de sobre-princípio, regendo todos os demais. Conforme Bruno Lewicki³

havendo mesmo quem a aponte como uma espécie de *grundnorm* (sic) – cujos efeitos [...] se irradiam e atinge a totalidade das normas infraconstitucionais aplicadas sob sua égide, independentemente de sua qualificação como normas de direito público ou privado, civil, penal ou constitucional.

Não obstante sustentada por princípios dos mais importantes de todo o ordenamento, e do caráter de direito fundamental, constitucionalmente positivado, de que se reveste a proteção à privacidade da pessoa humana, a sociedade moderna tende a tratar cada vez mais com menoscabo a noção de uma esfera de vida íntima que não seja afeita ao escrutínio público. Câmeras nas ruas da cidade, pessoas vigiadas 24 horas por dia em rede nacional: parece-nos que neste começo de século XXI vivemos em uma sociedade de espetáculo, onde o *aparecer* é pré-requisito para o *ter*, e o *ser* permanece uma noção vaga e sem importância. A noção de privacidade está cada vez mais tênue, e que, se já vinha sendo esvaziada paulatinamente ao longo do século XX com o surgimento da fotografia e do cinema, na nova era da informação digital está sendo soterrada a uma velocidade avassaladora.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 271.

² SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a, p. 92.

³ LEWICKI, Bruno. **A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

Esses movimentos por vezes parecem (e efetivamente cremos que por vezes possam sê-lo) descoordenados; não são considerados, entretanto, por alguns autores, como efetivamente inocentes (ou, melhor dizendo, sofrem apropriações que não são inocentes). A vigilância constante e o acesso fácil a dados pessoais podem servir a propósitos específicos de determinados grupos que deles se apropriam, formando os “corpos dóceis” de que fala Foucault⁴. O uso dessas ferramentas de vigilância obedece a uma lógica de dominação e controle. Conforme a observação (que, ainda que algo exagerada e talvez mesmo excessivamente pessimista, vai além da visão ordinária e convida a reflexão) de Whitaker em *The End of Privacy*⁵, não existe

any rational reason to think that the Information Revolution offers a magical solution to the endemic problems of poverty and under-development. It is rather the latest name given to the enduring and ever-deepening domination of the many poor by the wealthy few. Access to the internet is as much use to a Bangladeshi peasant as hitching a ride on the Challenger space shuttle; but it is very useful to the multinational corporations that rule the global economic system that maintains Bangladesh as a ghetto of misery.

Podemos dizer que o panóptico do pensador utilitarista Jeremy Bentham ultrapassou as fronteiras da prisão e foi apropriado com sucesso pelo sistema capitalista. Primeiro chegou às ruas, aos hospícios, aos colégios; cada vez mais está ganhando o ambiente de trabalho.

É verdade que a vigilância patronal sobre os empregados existe desde os primórdios do trabalho humano. Ocorre que com o avanço tecnológico e o desenvolvimento do capitalismo na esteira da Revolução Industrial, a vigilância que era antes feita pessoalmente pelo patrão (ou por um seu preposto) sobre um grupo pequeno de empregados sofisticou-se, utilizando-se de modernos mecanismos que conduzem a sensação de estar sendo observado de modo permanente, moldando desse modo a conduta e por vezes mesmo os pensamentos dos empregados.

Assim, hodiernamente, as empresas têm se servido de expedientes os mais variados para controlar os seus “colaboradores”, indo desde a abolição de paredes e salas individuais, ficando as pessoas a trabalhar em um espaço onde todos podem ser vistos por todos a qualquer momento e por qualquer ângulo, até a instalação de

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 31. edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

⁵ WHITAKER, Reginald. **The End of Privacy**: How Total Surveillance Is Becoming a Reality. New York: New York Press, 1999, p. 66.

câmeras no ambiente laboral e a realização de revistas íntimas, passando é claro pela invasão do correio eletrônico, foco deste nosso estudo.

Não é dizer que não deva haver vigilância do empregador sobre seus subordinados, muito ao contrário. Se o patrão é aquele que, de acordo com a norma consolidada, assume os riscos da atividade econômica, então nada mais justo do que se lhe permita fiscalizar o cumprimento das regras que garantem o bom funcionamento da empresa. Trata-se mesmo de condição indispensável à boa e eficiente organização das atividades produtivas. É o conhecido poder diretivo e de vigilância do empregador.

Esse poder, contudo, não é ilimitado, e tem forçosamente que ser exercido em conformidade com os ditames estabelecidos pela lei e pela Constituição Federal, conforme a opinião unânime da doutrina consultada. Se por um lado não se pode afastar essa prerrogativa, que deriva da proteção constitucional à livre iniciativa, há necessidade, por outro lado, de se observar o cumprimento da função social da propriedade e a compatibilização dos anseios patronais com outros direitos constitucionalmente assegurados.

Ocorre, contudo, que a prática empresarial não vem respeitando a relação de equilíbrio e razoabilidade que deveria reger o exercício do poder de vigilância patronal. E isso, nos dias atuais, vem ocorrendo de maneira bastante gritante com a invasão dos correios eletrônicos dos empregados por parte dos empregadores.

Eis aí um problema gravíssimo: o correio eletrônico constitui um repositório de confidências de quem as envia e recebe, e a correspondência, eletrônica ou não, recebe da Constituição a garantia da inviolabilidade. E ainda que assim não o fosse, o recomendaria o bom senso, a consideração para com o outro, ou, como prefeririam alguns, o direito natural dos seres humanos.

Mas não é da essência do capitalismo que o respeito aos direitos dos obreiros se dê naturalmente. A sua conquista é sempre marcada por muito esforço, mobilização e persistência, de uma perspectiva não só sociológica como também jurídica. Por isso esperamos com esse trabalho dar nossa contribuição, ainda que, por certo, modesta, para esta sempre árdua efetivação dos direitos fundamentais.

2 DIREITO À PRIVACIDADE

2.1 CONCEITO

O termo privacidade é de utilização recente no Brasil, não contando mais do que três ou quatro décadas (segundo nos informa Bruno Lewicki⁶, citando o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2300). Consiste na verdade em um anglicismo, que por ser dotado de acepções suficientemente abrangentes para substituir uma série de outras expressões com as quais o nosso sistema jurídico trabalhava até então (tais como intimidade, vida privada, segredo, sigilo, recato) sem grande precisão terminológica, acabou por firmar-se.

José Afonso da Silva⁷ parece mesmo considerar as expressões intimidade e privacidade como sinônimas: “preferimos usar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da vida íntima, privada, e da personalidade.”

A expressão *direito à privacidade* é a terminologia mais empregada no direito anglo-americano, enquanto costuma-se falar mais em *intimidade* no direito dos povos latinos (inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Bruno Lewicki, salientando a difusão do termo *privacidade* na doutrina e jurisprudência, refere preferí-lo pela variedade de usos que proporciona:

*O uso do anglicismo privacidade no direito brasileiro permite uma largueza de acepções incomum: grosso modo, poderia ser considerada uma “palavra-ônibus”. Não só seu alcance é privilegiado; seu uso também remedia a excessiva identificação com significados específicos que acomete outros termos.*⁸

⁶ LEWICKI, op. cit., p. 28.

⁷ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b, p. 206.

⁸ LEWICKI, op. cit., p. 34

afirmando ainda que muitas das palavras antes utilizadas em seu lugar padeciam “ou do escasso alcance ou da confusão causada pelo uso corrente”.⁹

A privacidade, no seu original em inglês, *privacy*, é definida pelo Oxford English Dictionary¹⁰ como “a state in which one is not observed or disturbed by others. freedom from public attention” tendo origem no Latim “*privatus* 'withdrawn from public life', a use of the past participle of *privare* 'bereave, deprive', from *privus*, 'single, individual'.”

José Afonso da Silva¹¹ observa que, por estar contido em um inciso do caput do artigo que consagra do direito à vida, o direito à privacidade é conexo a este. Em verdade, diríamos que talvez não haja uma relação de conexão, pois esta pressupõe certa autonomia. Segundo nos parece, o direito à privacidade é um dos direitos que materializam o direito à vida, por ser decorrência lógica e inescapável do princípio da dignidade da pessoa humana. Não nos parece possível, falar em dignidade da pessoa sem que lhe seja assegurado respeito a sua privacidade; e o direito à vida só se pode conceber, por óbvio, como o direito à uma vida digna.

Ainda para o escólio do ilustre constitucionalista, o direito à privacidade abrange todas as “manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade” e citando J. Matos Pereira¹², o considera “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.”

Bruno Herrlein Correia de Melo¹³ - que prefere utilizar a palavra intimidade - pondera que ela é de difícil conceituação, por estar sujeita à contingências de tempo, lugar e cultura, sofrendo mutações constantes. De resto, também concorda em definí-la como um direito de controle de informações de caráter pessoal.

Chamando atenção para o fato de que o direito à privacidade é (por ser um direito de personalidade), ao mesmo tempo, manifestação da dignidade da pessoa humana e do direito de liberdade, Floriano Barbosa Junior, em uma das mais

⁹ Ibidem, p. 30.

¹⁰ OXFORD CONCISE ENGLISH DICTIONARY. 10. ed. New York: Oxford University Press, 1999, p. 1137.

¹¹ SILVA, 2007b, op. cit., p. 206.

¹² PEREIRA apud SILVA, 2007b, op. cit., p. 206.

¹³ MELO, Bruno Herrlein Correia de. **Fiscalização do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Campinas: Servanda, 2007, p. 84.

interessantes obras sobre o tema, constatando antes que as expressões intimidade e privacidade costumam guardar no Brasil uma relação de sinonímia, assevera que

o direito à privacidade seria um modo de vida consubstanciado num conjunto de informações pessoais que estão excluídas do conhecimento alheio, enquanto que a intimidade integraria a esfera íntima do indivíduo, sendo o repositório dos segredos e particularidades, cuja mínima publicidade poderá constranger.¹⁴

Por derradeiro, nas palavras de Eugênio Heinzenreder Júnior¹⁵

A intimidade diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade; a vida privada envolve um campo maior, englobando os demais relacionamentos humanos, inclusive as relações comerciais, de trabalho, de estudo, entre outras.

ou ainda, em outras palavras, com as quais concordamos “efetivamente, tanto a vida privada quanto a intimidade podem ser vistas, em sentido lato, como o direito ao resguardo, na medida em que englobam fatos particulares do indivíduo que não merecem ser tornados públicos”.¹⁶

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PRIVACIDADE

O ser humano tem uma natural e conhecida propensão à vida em sociedade. Não obstante, as pessoas apresentam, de tempos em tempos, a necessidade de estar só, ou em companhia de poucas pessoas de sua escolha, a quem possam fazer confidências e trocar informações que não gostariam que fossem de domínio geral, ou mesmo guardar consigo algumas, a salvo do escrutínio incessante das outras pessoas.

Sem embargo, o reconhecimento desta necessidade como um direito subjetivo de acatamento obrigatório pelo Estado e pelos demais membros da sociedade é também carregado de historicidade. Foi sobretudo com a ascensão da

¹⁴ BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade** – direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: Ltr, 2008, p. 60.

¹⁵ HEINZEREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador: O Uso do e-mail no Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51. Creemos que o autor toma, afinal, a expressão privacidade como sinônima de intimidade e vida privada, já que o primeiro capítulo destina-se a fazer uma distinção entre estes dois conceitos apenas, não obstante a obra intitular-se *Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador – O Uso do E-Mail no Trabalho*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 50.

burguesia industrial na Inglaterra do século XVIII, pós Revolução Gloriosa, com a consequente limitação dos poderes do rei e sob o influxo do pensamento de autores como Loke que começou a ganhar força a ideia de tutelar a inviolabilidade das residências, a princípio apenas como um desenvolvimento do direito de propriedade.

Contudo, é ao Direito Norte-Americano que devemos o desenvolvimento das primeiras concepções teóricas acerca do direito à privacidade. Thomas Cooley descreveu, em 1879, em seu *Law of Torts*, um *right to be let alone*, vindo a atender não só a proteção à propriedade como também “as aspirações burguesas de uma vida privada, onde houvesse o resguardo do foro íntimo”.¹⁷ Mas foi com o célebre artigo *The Right to Privacy*, de 1890, que o conceito de privacidade tal qual o conhecemos hoje começou a ser delineado com precisão, inclusive com a delimitação dos limites de sua abrangência (que poderia, para os seus autores, ceder ao interesse público ou diante do consentimento do interessado).

O ensaio surgiu com a indignação do senador Samuel Warren com a publicação na imprensa de notícias relacionadas ao casamento de sua filha, o que o levou a procurar o jurista Louis Brandeis para escreverem esta obra. É de se ressaltar que este ensaio encontrou rápida aceitação na comunidade do jurídica dos Estados Unidos, tendo sido suas idéias paulatinamente incorporadas pela jurisprudência daquele país, ao mesmo tempo em que encontraram abrigo em inúmeros códigos e constituições ao redor do mundo, inclusive a da República Federativa do Brasil de 1988.

2.3 O DIREITO À PRIVACIDADE E SUA TUTELA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O direito à privacidade é uma decorrência (ou um desdobramento lógico) da proteção aos direitos de personalidade, que por sua vez se destinam a dar concretude ao mandamento constitucional que impõe seja sempre preservada e respeitada a dignidade da pessoa humana. Com um pouco de boa vontade e inteligência por parte dos destinatários e interpretes das normas, é certo que essas repetições e enumerações exaustivas de direitos seriam inúteis e tautológicas, pois

¹⁷ MELO, op. cit., p. 75.

tais normas defluiriam das normas mais gerais, dos princípios e do sistema como um todo de maneira inescapável. Não obstante, para reforçar a obrigatoriedade dessas regras, houve o legislador por bem debruçar-se sobre elas e esmiuçá-las, com vistas a tentar garantir a efetividade desses direitos duramente conquistados após um longo processo histórico.

A Constituição Federal de 1988 enuncia logo no seu artigo primeiro que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República. Frise-se que esta afirmação conformará não somente a definição dos direitos fundamentais, como de resto todos o conjunto de normas que se orientam pela carta magna. A dignidade da pessoa humana, aliás, se reveste de grau de importância e juridicidade maior mesmo que o dos outros fundamentos da república insculpidos no artigo 1, já que, consoante ensinamento de Paulo Bonavides¹⁸, há um “primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder”, sendo portanto a dignidade da pessoa humana o fundamento de todo ordenamento jurídico, ainda que não houvesse expressa previsão constitucional.

Além do art. 1, III da CF/88, listamos alguns dispositivos dedicados a dar concretude à proteção à dignidade da pessoa humana, tais como: o inciso IV do mesmo artigo, que fala dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o art 3, IV; o art. 4, II, VII, VIII e X (destinados primordialmente a proteger o ser humano que não se encontra em nosso território, o que é bastante revelador da importância que a Constituição deu a esses princípios); os arts. 6 e 7; e grande parte do art. 5, sendo nele expressamente consignados, com relação à privacidade, os direitos dos incisos V (indenização por dano moral, material ou à imagem), X (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio) e XII (sigilo de correspondência).

O direito à privacidade é, pois, decorrente da proteção dada aos direitos da personalidade. Eugenio Haizenreder Junior¹⁹ explica, com base em Canotilho, que cada vez mais os direitos de personalidade tendem a se confundir com direitos fundamentais, e vice-versa. Apoiando-se na doutrina de Orlando Gomes²⁰, Haizenreder explica que esses direitos consistem nos bens jurídicos “em que se

¹⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 587.

¹⁹ HAINZENREDER JUNIOR, op. cit., 26.

²⁰ GOMES apud HAINZENREDER JUNIOR, op. cit., 27.

convertem projeções físicas ou psíquicas do ser humano por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção”. Já Carlos Roberto Gonçalves²¹ apresenta uma definição que se aproxima do jusnaturalismo, afirmando que são “inerentes a pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente”. Renan Lotufo²² dá uma definição mais abrangente, em que estes praticamente se confundem com o conceito da dignidade da pessoa humana: “os direitos de personalidade são o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente”. Em seguida, ele enumera as principais características desses direitos:

Diz-se que são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários.

Absolutos porque são de tal ordem que devem ser observados, respeitados por todos.

Extrapatrimoniais, porque não se reduzem a dimensionamento de interesses nem a avaliações econômicas.

São ditos imprescritíveis no sentido de que o exercício do direito pode dar-se a qualquer momento na preservação de sua esfera de integridade, física ou moral.

Indisponíveis, porque o titular não pode privar-se de seus direitos de personalidade, o que é muito mais do que intransmissibilidade, ou inalienabilidade. Bem por isso jamais poderão ser objeto de expropriação. Convém lembrar que houve no curso da história sistemas que admitiam a disposição, resultando na legalidade da escravatura.

Importa salientar, quanto a intransmissibilidade, que, por ser inerente à pessoa, não se admite a transmissão nem *causa mortis*.

Vitalícios, porque integrados à vida do titular, e, enquanto esta existir, perduram seus direitos, alguns dos quais podem produzir efeitos *post mortem*.

Necessários, porque não se admite a ausência de qualquer um deles para o desenvolvimento da própria vida; são imprescindíveis à própria vida.

Não obstante a doutrina seja vacilante e não haja consenso com relação a uma definição destes direitos, há unanimidade em enquadrar dentro deles à proteção à privacidade. Nessa linha, e por concernir mais diretamente ao escopo deste trabalho, faz-se mister que tenhamos algumas breves linhas acerca do disposto no art. 5, incisos X e XII da Constituição.

Assim como o direito do inciso X é decorrência óbvia e inescapável, como dissemos há pouco, do direito à vida (daí porque Lotufo se refere aos direitos de personalidade como *necessários*), também o direito disposto no inciso XII constitui, a nosso ver, uma mera explicitação da cláusula geral do direito à privacidade.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 153.

²² LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

Não obstante, queremos crer que nesse caso a ressalva foi realmente imprescindível, por se tratar o art. 5, XII daquele tipo de normas que José Afonso da Silva²³ classificou como sendo normas constitucionais de eficácia contida. Com isso, há possibilidade de restrição do direito em tela, mas apenas nas hipóteses e na gradação em que a lei, dada a autorização expressa do texto maior, vier a estabelecer.

Ressalte-se que o dispositivo do inciso XII é bastante abrangente, pois praticamente toda forma de comunicação é tornada inviolável. Nem poderia ser diferente, tendo em vista que este é um dos campos em que a privacidade pode mais facilmente ser devassada. Isso porque

O *sigilo da correspondência* alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é, outrossim, a forma da liberdade de expressão do pensamento, como examinaremos a seu tempo. Mas, nele é que se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Aí é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas na confiança de se deu pura confidência.²⁴

Todavia, o art. 5, XII alberga importante exceção a sua fruição plena, que o legislador constituinte permitiu fosse criada posteriormente pelo legislador ordinário (e nesse sentido, como já tivemos oportunidade de dizer, sendo classificada como uma norma de eficácia contida). Trata-se da hipótese de ser criada lei que discipline a interceptação de ligações telefônicas ou de dados, com objetivo de instrução penal ou investigação criminal.

Essa ressalva estabelecida pela Constituição é importantíssima, pois ela afinal ressalta o caráter de direito absoluto de que se reveste à proteção à privacidade, mormente no que tange ao sigilo de correspondência, já que a única possibilidade de esvaziamento do exercício desse direito no caso concreto já vem disciplinada pela própria *lex legis*.

Note-se que a Constituição permite a violação do sigilo das comunicações apenas com relação a ligações telefônicas e transmissão de dados (cartas, e-mails e outras formas de comunicação são indevassáveis, por constituírem claramente formas de correspondência, não obstante a jurisprudência criminalista venha

²³ SILVA, 2007a, op. cit., p. 103.

²⁴ SILVA, 2007b, op. cit., p. 207.

acolhendo a argumentação, a nosso ver absurda, ainda mais para fins penais, de que o e-mail constitui troca de dados e não correspondência).

Há, ainda, necessidade de autorização judicial, lastreada em lei específica (costume, contrato, acordo coletivo, ou interpretação de outras leis ou normas de direito em embate com o art. 5, XII não justificam, portanto, o acesso às informações), que o permita expressamente, disciplinando os pormenores de sua execução.

Por derradeiro, registre-se que a interceptação é possível apenas e tão somente para fins de investigação criminal e instrução penal (qualquer tentativa, portanto, de estender a abrangência desta possibilidade de violação para o âmbito cível ou trabalhista é eivada da mais completa inconstitucionalidade).

Tudo isso quer dizer, afinal, que o direito ao sigilo de correspondência, no final das contas, acaba cedendo somente ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, através do direito penal, que vai buscar com isso resguardar os bens de maior valor (por ser a *ultima ratio*) para os seres humanos, como a vida, a saúde, a honra, a liberdade e a dignidade sexuais, etc.

Afinal, acreditamos que a densidade normativa e o poder de conformação do sistema que emana do princípio da dignidade da pessoa humana é tal que seria bastante difícil pensar em sua relativização em uma colisão de princípios, não fosse diante de manifestações distintas dele próprio, tanto mais quanto a hipótese de sua relativização já venha disciplinada no texto da carta maior.

Antes de adentrarmos especificamente nas questões que têm surgido no ambiente de trabalho devido à inobservância desses princípios, gostaríamos de ressaltar que mesmo o Direito Civil já se orienta, neste início de século, a um norte também de proteção à dignidade dos seres humanos, conforme se depreende do Código Civil de 2002, através dos arts. 11 e seguintes, que visam a resguardar os direitos de personalidade.

Se é assim no ramo civilista, onde teoricamente há igualdade das partes em suas relações jurídicas, com mais razão ainda há de ser no ramo especializado obreiro.

3 ACESSO DO EMPREGADOR AO *E-MAIL* DOS TRABALHADORES

3.1 PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR

O principal ponto de apoio para aqueles que advogam a possibilidade do empregador ter acesso ao correio eletrônico dos seus empregados reside na existência do poder diretivo patronal, o qual se manifesta através dos poderes de organização, disciplinar e de fiscalização.

Bruno Herrlein Correia de Melo²⁵ nos lembra que o poder diretivo é profundamente arraigado no conceito de propriedade, de onde provém seu fundamento. De fato, sendo do empregador a propriedade dos meios de produção, e sendo ele quem suportará os riscos da atividade econômica, conforme previsão do art. 2 da norma consolidada trabalhista, é razoável crer que caiba a ele a prerrogativa de determinar de que maneira se dará a condução do serviço, com vistas a um maior rendimento deste.

Como é o empregador aquele que investe seu capital no empreendimento, que escolhe os rumos do negócio, o momento para mudar o ramo e investir em novas ou antigas diretrizes da atividade, correndo todos os riscos dos desacertos ou de obter os lucros resultantes da escolha, também pode intervir na relação de emprego, pois tem o poder de comando.

O poder de comando lhe faculta modificar algumas cláusulas contratuais **no limite da lei** (*grifos nossos*) – *ius variandi*, para que o contrato se desenvolva de acordo com os fins perseguidos pela empresa. Desta forma, cabe ao empregador determinar as condições em que o trabalho deve se desenvolver, dirigindo a prestação de serviços

Daí decorre o direito do empregador de fiscalizar (controle) o correto cumprimento dos afazeres do empregado e o direito de puni-lo (disciplinar), nos casos de descumprimento de seus deveres [...] ²⁶

Cumpre-nos lembrar, todavia, que por constituir afinal emanção do direito de propriedade, o poder diretivo está subordinado a todas as condicionantes constitucionalmente estabelecidas aquele direito. Assim, a propriedade deverá cumprir a sua função social, conforme proclama o inciso XXIII do art. 5, estando

²⁵ MELO, op. cit., p. 124.

²⁶ CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Niteroi: Impetus, 2009, p. 835.

ainda condicionada ao atendimento do art. 1, IV, com relação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Uma das facetas do poder diretivo, “o poder de fiscalização, também chamado de poder de controle, consiste na faculdade de o empregador fiscalizar as atividades profissionais de seus empregados, todavia, **obedecendo aos limites impostos pelos direitos da personalidade dos empregados**”²⁷

A questão da obediência a esses limites é de fundamental importância, pois como o mesmo autor afirma mais além em sua obra,²⁸ “O universo laboral por si potencializa a situação poder-sujeição, de forma que o poder diretivo do empregador representa ameaça real para os direitos fundamentais do trabalhador.” Assim, uma das características marcantes do direito do trabalho, razão de ser do princípio da proteção que o informa e que o distingue sobremaneira do ramo juscivilista reside no fato de que, nesse ramo especializado, falar em autonomia da vontade constitui uma conhecida falácia.

Em verdade, sabe-se que o contrato de trabalho caracteriza-se no mais das vezes por uma grande desigualdade fática/econômica entre os pólos da relação, em que para se buscar um mínimo de equilíbrio fez-se mesmo mister que fossem criadas disparidades jurídicas que reequilibrassem as partes. Assim sendo, é do senso comum que o empregado tem por hábito aceitar sem pestanejar todas as ordens que vêm do empregador, mesmo que muitas vezes elas constituam graves abusos, pelo simples temor de perder o emprego. O exército de desempregados mantido pelo sistema capitalista faz com que, caso ele decida não acatar as ordens do patrão, seja prontamente substituído por outro que as aceite. Por isso, partilhamos da opinião de Bruno Lewicki²⁹ no sentido de que “[...] No caso da empresa privada, é possível asseverar que o exercício dos poderes inerentes à sua direção só será objeto de proteção constitucional enquanto conforme à sua precisa função social”, devendo o empregador exercer com cautela e o mais restritivamente possível o seu direito sob pena de jogar por terra o princípio da proteção laboral.

²⁷ MELO, op. cit., p. 127, grifo nosso.

²⁸ Ibidem, p. 136.

²⁹ LEWICKI, op. cit., p. 194.

3.2 PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR E A FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO

O *boom* da internet a partir do meio da década de noventa, deve muito ao ambiente corporativo. Cientes da extrema utilidade da rede mundial de computadores e das inúmeras facilidades que ela proporciona – sendo o e-mail uma das principais - as empresas buscaram rapidamente incorporar a inovação. [...] a navegação pela *World Wide Web* e o uso do correio eletrônico mostraram-se ferramentas profundamente úteis em uma época tão ágil, caracterizada por um fluxo inesgotável de informações que circulam a uma velocidade desconcertante e com um alcance necessariamente cada vez mais global”.³⁰

O uso mais e mais frequente das modernas tecnologias informáticas no ambiente de trabalho tem trazido não só ganho de produtividade às empresas, como também uma série de tormentosas questões para os operadores do direito. Modernamente, as empresas (e também a doutrina e o poder judiciário) têm entendido que o poder de fiscalização patronal decorrente do contrato de trabalho albergaria a possibilidade de as empresas acessarem a caixa de *e-mail* dos seus empregados, com o fito de resguardarem-se de uma série de problemas.

Uma questão que costumeiramente emerge, assim, relaciona-se com o fato de que, até prova em contrário, os empregadores fornecem computadores e contas de correio eletrônico aos seus empregados para que estes desenvolvam atividades ligadas à prestação do serviço derivado do pacto laboral. Isto nem sempre ocorre de maneira exclusiva, entretanto. Não é incomum que os empregados se utilizem destes recursos informáticos para assunto de interesse pessoal, para espalhar fofocas e mensagens de cunho difamatório, ou mesmo para enviar e receber piadas, música ou arquivos de cunho pornográfico.

A preocupação das empresas quanto a isto se deve a inúmeros fatores. O mais óbvio é que elas temem que qualquer dano que possa ser ocasionado a alguém devido ao mau uso do e-mail corporativo termine por acarretar na responsabilização da empresa, já que o Código Civil prevê a responsabilidade extracontratual objetiva do patrão por seus prepostos (art.932, III).

Além disso, o mau uso do correio eletrônico também poderia manchar o bom nome do empregador e acarretar gastos desnecessários para a empresa, com

³⁰ Ibidem, p. 111.

manutenção de servidores, aumento nas infecções por vírus de computador, etc.; e por derradeiro, a empresa perderia produtividade por estarem os empregados entretidos em tarefas alheias ao contrato, quando deveriam estar trabalhando e trazendo lucros para a empresa.

Com esses argumentos, os empregadores têm conseguido convencer boa parte da comunidade jurídica (na doutrina, Bruno Herrlein Correia de Melo³¹ e Eugenio Haizenreder³²; na jurisprudência, os tribunais regionais e os ministros do TST) de que há uma necessidade inescapável de que seja feito um controle sobre os e-mails dos funcionários.

Mas uma coisa de que se tem esquecido, e que deve ficar clara em primeiro lugar, é que não se pode reduzir a uma condição de autômato o trabalhador. Assim, não se lhe pode exigir que durante as oito horas de prestação laboral sua mente se abstraia completamente da sua vida exterior e ele dedique-se exclusivamente ao trabalho, sem pensar em nada.

O trabalhador vive em um contexto, com família, amigos, estudos e também o trabalho, enfim uma vida em que as esferas se misturam e em que nenhuma consegue monopolizar completamente sua atenção. Especialmente no que concerne à relação de emprego, um terço do dia é despendido nela. E costuma ser justamente nos horários em que outras tarefas de outras esferas da vida mais demandam atenção, como horário de funcionamento de comércio, de ir ao médico, de pegar o filho na escola, etc.

Desta feita, configurar-se-ia desumano pretender que o empregado tivesse acesso ao correio eletrônico tão somente para fins de trabalho, sem que pudesse utilizá-lo brevemente para fins particulares (por exemplo, para combinar com a esposa o que comprar no mercado para o jantar, mandar um e-mail para a imobiliária de quem aluga o imóvel, etc) ou mesmo para enviar alguma anedota para alguns amigos selecionados, com o intuito de alegrar um pouco o ambiente de trabalho.

Esse uso moderado não ocasiona gastos para a empresa e não há porque ser proibido, e, de mais a mais, ele já é feito por via telefônica sem que ninguém contra ele nunca se tenha insurgido. Essa maneira de se usar as ferramentas de

³¹ MELO, op. cit., p. 211.

³² HEINZEREDER JUNIOR, op. cit., p. 167.

comunicação postas a disposição pelo empregador é denominada de uso social do e-mail, e certamente é o que predomina, juntamente com as atividades laborais propriamente ditas, no uso que os obreiros fazem dessa ferramenta de trabalho. Outrossim, a jurisprudência trabalhista já tem se orientado no sentido de que esse uso não é anti-jurídico, como por exemplo no acórdão 20000003874147, do TRT da 2a região, em que ficou assentado que não constitui justa causa para o despedimento do empregado o envio de uma mensagem para fins particulares a um colega (e pasmem, enviado no horário do café!). O TST, no julgamento, do RR 613/2000-013-10-00.7, também já assentou que

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização **comedida** do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Ressalte-se ainda que muitas vezes, enquanto se trabalha, surgem situações particulares que reclamam uma solução urgente, e que podem ser melhor (ou as vezes mesmo **apenas**) resolvidas através da comunicação eletrônica. A esse respeito, preciosa é a lição de Barbosa Junior³³, quando diz que:

O trabalhador não se despe das diversas obrigações que assume socialmente, dentre estas as inerentes à paternidade e maternidade, que são obrigações das mais importantes no Brasil, tuteladas por isso em nível constitucional (BRASIL, 1988, art. 227, *caput*). Também não se pode impedir que o empregado se ausente do exercício de suas tarefas para se comunicar, fazer suas necessidades fisiológicas, alimentar-se, etc.

Alias, o uso do correio eletrônico está de tal forma incorporado no dia a dia das pessoas no Brasil, que o seu uso constitui, tanto ou mais do que o telefone, algo banal como uma ferramenta de trabalho e comunicação, não se parando para pensar, mais uma vez assim como ocorre com o telefone, que seu mau uso possa acarretar algum prejuízo ou que alguém possa estar lendo tudo o que se escreve.

Não se deve, portanto, querer proibir ao trabalhador toda forma de uso do e-mail corporativo que não seja estritamente profissional, pois

³³ BARBOSA JUNIOR, op. cit., p. 94.

A comunicação de natureza pessoal é uma fonte de vida do ser humano, é a emanção de sua alma, meio de conexão com a sociabilidade, enfim, é um exercício necessário à preservação da dignidade humana. Os meios eletrônicos são apenas formas de exercício da personalidade humana.³⁴

e ainda de acordo com Silveira Neto, citado por Heinzenreder.³⁵

O monitoramento do *e-mail* do empregado impede o exercício do direito à liberdade de expressão, do direito à crítica e até de reflexão sobre as condições de trabalho, visto que o trabalhador seria impedido de discutir, criticar e reivindicar melhores condições laborais.

Muito menos se pode crer que toda a comunicação que se faça pela via do correio eletrônico é de *per si* suspeita, ou mesmo não o sendo devassar todas tendo como pretexto aquelas que o são, pois assim poder-se-ia chegar em mensagens de cunho estritamente pessoal do trabalhador e cujo conteúdo ele não gostaria que revelasse, por lhe escancararem a intimidade.

Além disso, esse clima de vigilância perpétua, que por certo é extremamente estressante, ainda que venha se tornando praxe no Brasil (com a complacência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho), é um fator gerador de estresse e agravo à saúde dos empregados, o que, por óbvio, é repellido pelo ordenamento jurídico pátrio. Citamos, mais uma vez, Floriano Barbosa Junior³⁶, para quem

foi do sofrimento e dos massacres, decorrentes dos episódios mais violentos da história, que nasceu a consciência da necessidade da imposição de respeito à dignidade humana. (...) Será que vai ser necessário um massacre psicológico para que haja a consciência da necessidade da preservação da dignidade frente à modernização tecnológica? Será que a lição não foi aprendida? [...]

A invasão da esfera privada de uma pessoa é um dos mecanismos utilizados para tornar vulnerável a própria identidade do indivíduo. No trabalho não é diferente e a violação de e-mails sem dúvida vem afirmar o império do assédio moral nas relações laborativas de nosso país.

Sem embargo, aqueles que defendem a possibilidade de o empregador acessar o conteúdo dos e-mails de seus empregados sustentam sua posição com base, primordialmente, em dois argumentos, os quais derivariam do poder de supervisão e controle.

³⁴ Ibidem, p. 94.

³⁵ HEINZENEREDER JUNIOR, op. cit., p. 123.

³⁶ BARBOSA JUNIOR, op. cit., p. 94.

O primeiro deles, amparado na jurisprudência americana, é de que não haveria privacidade a defender. Por essa tese, seria inexistente desde o início qualquer expectativa de que ela existisse, pois os obreiros saberiam desde o início que a possibilidade de fiscalização existiria, se o regulamento da empresa vedasse determinados usos das ferramentas de trabalho (ou mesmo não o vedando, pelo simples fato de que o correio eletrônico é facilmente devassável).

Nessa esteira já decidiu o TRT da 23ª região, em acórdão de abril de 2009, e que transcrevemos:

E-MAIL CORPORATIVO. MONITORAMENTO. PROVA LÍCITA. JUSTA CAUSA. O e-mail corporativo traduz-se em um serviço de correio interno e privativo da empresa, cuja natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, voltado exclusivamente para o exercício de sua atividade comercial, não cabendo ao empregado valer-se deste instrumento de trabalho para dar destinação diversa, utilizando-o para assuntos de interesse pessoal ou privado.

(...)

Esta categoria de e-mail é passível de monitoramento pelo empregador, cujo objetivo primordial é a proteção das informações da sua empresa, bem como um meio de evitar atividades ilegais e abusivas pelos seus empregados, capazes a afetar a imagem da empresa e gerar possíveis prejuízos, portanto, não há violação de qualquer expectativa de privacidade e confidencialidade (grifos nossos).
(TRT23ª RO 00621.2008.009.23.00-0, Rel. Juíza Convocada Carla Leal)

Outros Tribunais regionais também vêm seguindo este entendimento:

É a própria reclamada que em norma interna mitiga a privacidade das informações inseridas no sistema informatizado disponibilizado pelo empregador ao estabelecer que “os usos de ativos de tecnologia devem ser feitos apenas quando associados aos negócios da organização” (item 4.1.7, letra c) sob pena de “aplicação de sanções trabalhistas previstas em legislação vigente, incluindo dispensa por justa causa” (defesa - processo n. 1061/2009 - fl. 433) do que se infere como corolário lógico a possibilidade de controle pela reclamada do conteúdo das informações que circulam em seu sistema de informática.

Ora, tanto a reclamada não confere privacidade ao conteúdo das mensagens eletrônicas inseridas no sistema de comunicação disponibilizado pela reclamada que conheceu das mensagens carreadas com a petição inicial, instaurou procedimento interno de investigação, colheu manifestação da interlocutora que era superiora hierárquica da reclamante (fl. 825) e decidiu aplicar a sanção prevista na norma interna mediante rescisão contratual por justa causa por considerar que a supervisora “faltou com as normas de conduta exigíveis para o desempenho de sua função” (fl. 434).

Seria um contra-senso que beira a irracionalidade admitir que a reclamada conheça, valere e aplique sanções decorrentes da conduta verificada no conteúdo de mensagens inseridas no sistema de correspondência eletrônica funcional e vedar ao Juízo o conhecimento e valoração de idênticas mensagens.

[...]

As correspondências eletrônicas inseridas no sistema informatizado disponibilizado pelo empregador **não se revestem da mesma privacidade das correspondências eletrônicas privadas** porque se destina à execução do trabalho, como típicas ferramentas de trabalho, estando voltadas não para a prática de atos privados, mas estritamente profissionais. (grifos nossos). (TRT 4ª RO 0101700-27.2008.5.04.0802, Rel.Des. Alexandre Corrêa da Cruz)

TRT-PR-16-10-2007 JUSTA CAUSA. ENDEREÇO ELETRÔNICO PARTICULAR (E-MAIL). MONITORAMENTO PELO EMPREGADOR. IMPOSSIBILIDADE. **Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta**, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, o que não se justifica em se tratando de e-mail pessoal e particular, pois nesta hipótese o direito à intimidade protege a vida privada do empregado, salvaguardando um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas (art. 5º, X, CF), inclusive por parte de seu empregador. A prova obtida nessa situação é ilícita (art. 5º, LVI, CF). (grifos nossos) (TRT-PR-03058-2005-013-09-00-5-ACO-29721-2007 – 4ª Turma. Rel. Luiz Celso Napp)

Penso, por conseguinte, que se o e-mail corporativo pertence ao reclamado, se é instrumento de trabalho, **se não existe a expectativa de privacidade**, com relação às mensagens enviadas, pode o empregador monitorar a atividade do empregado, em horário de trabalho. (grifos nossos). (TRT17a RO 0022500-50.2008.5.17.0012, Rel. Sérgio Moreira de Oliveira)

Nesse sentido também vem se inclinando a jurisprudência do TST, a partir do já citado acórdão do RR-613/2000-013-10-00.7, da lavra do Ministro João Oreste Dalazen (mais conhecido como o caso *HSBC*). Transcrevemos parte do voto do julgamento do Agravo do reclamante:

Não colhe o argumento do Reclamante de que a Empresa Agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do e-mail corporativo, ao providenciar para o ora Agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico.

Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao e-mail corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do Empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens.

Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas.

Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de e-mail corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, **no caso, o empregado não tinha razoável expectativa de privacidade, o que se**

extrai da declaração de que o e-mail corporativo destinava-se -somente para assuntos e matérias afetas ao serviço- (fl. 636).

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI), por isso que, sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa, meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional.

O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível.

Nego provimento ao agravo de instrumento do Reclamante.

(TST-AIRR-613/2000-013-10-00.7 , Rel. Min. João Oreste Dalazen)

No seu voto, o eminente relator cita ainda jurisprudência e legislação inglesa norte-americana:

Uma vez que o Brasil, como visto, ressent-se da ausência de normatividade específica a respeito da correta utilização do e-mail corporativo pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo Empregador, revela-se pertinente um rápido exame dessas questões sob o prisma do Direito Comparado.

Em termos legislativos, o Reino Unido é o País que mais evoluiu nesta área: o Parlamento aprovou lei, conhecida como RIP (*Regulation of Investigatory Powers Act*), que autoriza os empregadores, desde 24/10/2000, a promover o monitoramento de e-mails e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais:

-(3) Conduct consisting in the interception of a communication is authorised by this section if -

- a. it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and
- b. it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services.- (Part I, Chapter 1, Section 3)²

Mais adiante dispõe ainda a referida Lei inglesa:

-(3) Nothing in any regulations under subsection (2) shall authorise the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business.- (Part I, Chapter 1, Section 4)³

Nos Estados Unidos da América, há diversos precedentes que, a meu ver, merecem realce.

A Eg. Corte Suprema dos Estados Unidos analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso *O'Connor v. Ortega*. (480 U.S., 107 S.Ct. 1492, 94 L.Ed.2d 714 - de 1987).

À época, a Eg. Suprema Corte Norte-Americana reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de

proteção legal. Entretanto, deve-se ponderar esta privacidade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho.

A Eg. Corte assentou que, **em certas áreas**, os empregados podem ter uma **razoável expectativa de privacidade** (*expectation of privacy*). Mas, ressalva-se, **nunca de forma absoluta** (grifos nossos):

-The decision recognized that with the question of privacy in the workplace there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is a question of specific practices within the employee's workplace, and the issue of whether an employee has a reasonable expectation of privacy 'must be addressed on a case-by-case basis'.- (*Id.* IN716, 1497)¹

Sob tal entendimento, diversos cidadãos daquele País moveram ações em desfavor do empregador ao argumento de que este, supostamente, teria violado sua privacidade ao monitorar o e-mail corporativo.

A maioria das Cortes americanas, porém, tende a assentar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador, não tem expectativa de privacidade quanto a esta. (grifos nossos)

Vale dizer: tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador, os referidos Tribunais americanos vêm consignando que o empregado **não** tem razoável expectativa de privacidade quanto à utilização do e-mail corporativo e do acesso à Internet através do sistema operacional da empresa. Acentuam, inclusive, que mesmo que houvesse uma razoável expectativa de privacidade, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do e-mail da empresa e dos sistemas de Internet.

No *leading case* de *Smyth v. Pillsbury Co.*, determinado Empregado alegou que havia sido dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade teria sido violada.

Neste caso, a Eg. United States Court for the Eastern District of Pennsylvania entendeu que o Empregado havia enviado várias mensagens de e-mail através do sistema da Empresa, que vieram a ser acessadas pelo seu Empregador, sem a sua anuência. Devido ao conteúdo impróprio destas mensagens, o Empregador rescindiu o contrato de emprego.

Esta Eg. Corte da Pennsylvania, entretanto, negou procedência ao pedido do Empregado, **a despeito de resultar comprovado que o Empregador havia reiterado aos seus Empregados que o e-mail poderia ser utilizado para fins pessoais** e que as mensagens não seriam, em momento algum, interceptadas, mantendo-se confidenciais.

A aludida Corte americana entendeu que, mesmo com as referidas concessões do Empregador, o Empregado **não** tinha expectativa de privacidade ao utilizar o sistema da empresa para enviar suas mensagens de e-mail.

Releva transcrever alguns trechos da decisão em apreço:

Liability only attaches when the "intrusion is substantial and would be highly offensive to the 'ordinary reasonable person.'" *Borse*, 963 F.2d at 621 (citation omitted). Although the Court of Appeals in *Borse* observed that "the Pennsylvania courts have not had occasion to consider whether a discharge related to an employer's tortious invasion of an employee's privacy violates public policy", the Court of Appeals predicted that in any claim where the employee claimed that his discharge related to an invasion of his privacy "the Pennsylvania Supreme Court would examine the facts and circumstances surrounding the alleged invasion of privacy. If the court determined that the discharge was related to a substantial and highly offensive invasion of the employee's privacy, believe that it would conclude that the discharge violated public policy." *Id.* at 622. In determining whether an alleged invasion of privacy is substantial and highly offensive to a reasonable person, the Court of Appeals predicted that Pennsylvania would adopt a balancing test which balances the employee's privacy interest against the employer's interest in maintaining a drug-free workplace. *Id.* at 625. Because the Court of Appeals in *Borse* could "envision at least two ways in which an employer's drug and alcohol program might violate the public policy protecting individuals from tortious invasion of privacy by private actors" *id.* at 626, the Court vacated the district court's order dismissing the plaintiff's complaint and remanded the case to the district court with directions to grant *Borse* leave to amend the Complaint to allege how the defendant's drug and alcohol program violates her right to privacy.

Applying the Restatement definition of the tort of intrusion upon seclusion to the facts and circumstances of the case sub judice, we find that plaintiff has failed to state a claim upon which relief can be granted. **In the first instance, unlike urinalysis and personal property searches, we do not find a reasonable expectation of privacy in e-mail communications voluntarily made by an employee to his supervisor over the company e-mail system notwithstanding any assurances that such communications would not be intercepted by management. Once plaintiff communicated the alleged unprofessional comments to a second person (his supervisor) over an e-mail system which was apparently utilized by the entire company, any reasonable expectation of privacy was lost** (grifos nossos). Significantly, the defendant did not require plaintiff, as in the case of an urinalysis or personal property search to disclose any personal information about himself. Rather, plaintiff voluntarily communicated the alleged unprofessional comments over the company e-mail system. We find no privacy interests in such communications.

In the second instance, even if we found that an employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we do not find that a reasonable person would consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of his privacy. Again, we note that by intercepting such communications, the company is not, as in the case of urinalysis or personal property searches, requiring the employee to disclose any personal information about himself or invading the employee's person or personal effects. Moreover, the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments.

In sum, we find that the defendant's actions did not tortiously invade the plaintiff's privacy and, therefore, did not violate public policy. As a result, the

motion to dismiss is granted. (*Smyth v. Pillsbury Co.*, 914 F.Supp. 97, 100 - E.D. Pa. 1996)²

Outro caso famoso ocorreu no Estado do Texas, onde o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas também se posicionou favoravelmente em relação ao Empregador.

No aludido processo, independentemente de a Empresa Microsoft haver providenciado ao Empregado uma senha de acesso para o e-mail e uma pasta pessoal para arquivar suas mensagens, a Eg. Corte do Texas também decidiu que ao Empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens arquivadas dentro daquela pasta ou dentro de sua caixa de e-mail. (grifos nossos)

A mencionada conclusão fundou-se no argumento de que as mensagens de e-mail primeiro teriam circulado dentro de vários pontos do sistema de e-mail da Microsoft, onde poderiam ser acessadas a qualquer hora pela Empresa e, somente depois, viriam a compor a esfera privada do Empregado. Importa transcrever o seguinte trecho da decisão:

-As asserted by McLaren in his petition, e-mail was delivered to the server-based "inbox" and was stored there to read. McLaren could leave his e-mail on the server or he could move the message to a different location. According to McLaren, his practice was to store his e-mail messages in "personal folders." Even so, any e-mail messages stored in McLaren's personal folders were first transmitted over the network and were at some point accessible by a third-party. Given these circumstances, we cannot conclude that McLaren, even by creating a personal password, manifested - - and Microsoft recognized -- a reasonable expectation of privacy in the contents of the e-mail messages such that Microsoft was precluded from reviewing the messages.- (Case nº 05-97-00824, 1999 Tex.App.Lexis 4103 - Tex. Crt. Of App., May 1999)³

A Eg. Court of Appeal of the State of California, por sua vez, no caso Bourke v. Nissan Motor Corporation, manifestou-se no mesmo sentido:

Whether an individual's constitutional right to privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed. (*Alarcon v. Murphy* (1988) 201 Cal.App.3d1, 5; *People ex rel. Franchise Tax Bd. v. Superior Court* (1985)164 Cal.App.3d 526, 540-541.) Nissan maintains that the evidence conclusively establishes that plaintiffs had no reasonable expectation of privacy in their E-mail messages. In support of this contention, they cite the following undisputed facts: (1) Plaintiffs each signed a Computer User Registration Form, which states that "[I]tis company policy that employees and contractors restrict their use of company-owned computer hardware and software to company business." (2) In November or December of 1989, more than a year before her termination, Hall learned from co-workers that E-mail messages were, from time to time, read by individuals other than the intended recipient. Hall relayed this information to Bourke in March of 1990. (3) In June 1990, a full six months before Bourke's termination, a fellow employee, Lori Eaton, contacted Bourke to complain about the personal, sexual nature of Bourke's E-mail message which Eaton had retrieved for demonstration purposes during a training session at an Infiniti dealership.

Nissan contends that the foregoing uncontroverted facts regarding plaintiffs knowledge that E-mail messages could in fact be read without the author's

knowledge or consent establishes as a matter of law that plaintiffs had no objectively reasonable expectation of privacy in those messages. In contradiction of that conclusion, plaintiffs assert that they had such an expectation because they were given passwords to access the computer system and were told to safeguard their passwords. While plaintiffs' statements that they believed that their E-mail messages would remain private may be sufficient, on a motion for summary judgment, to raise the issue of plaintiffs' subjective understanding, **the question presented to us is whether their expectations of privacy were objectively reasonable as a matter of law. We agree with the trial court that they were not.** (grifos nossos)

In the absence of a reasonable expectation of privacy, there can be no violation of the right to privacy. (*Alarcon v. Murphy, supra*, 201 Cal.App.3d 1, 5.) Thus, plaintiffs' causes of actions for common law invasion of privacy and violation of the constitutional right to privacy were properly dismissed on summary judgment. (Case nº B068705 - July 2003)⁴

Abraçaram igualmente tal diretriz os seguintes precedentes norte-americanos: Restuccia v. Burk Technology, Inc., julgado pela Eg. Supreme Judicial Court of Massachusetts em 12/08/96; Fraser v. Nationwide Life Insurance Co., julgado pela Eg. United States Court of Appeals for the Third Circuit em 23/06/03.

Perceba-se, assim, dessa rápida menção ao Direito Comparado, que dois países paladinos do respeito às liberdades civis e aos direitos e garantias individuais do cidadão ---- EUA e Reino Unido ---- não ousaram estender ao e-mail corporativo a proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No Brasil, penso que não há razão para adotar solução diferente.

Ousamos, contudo, discordar de tal orientação.

Preliminarmente, gostaríamos de tecer algumas considerações com relação à metodologia utilizada pelo Min. Rel. para se chegar à disciplina jurídica regente do assunto, dada a falta de regras (mas não, segundo cremos, de normas) específicas a respeito.

Consideramos que os EUA e a Inglaterra são, de fato, verdadeiros paladinos da liberdade individual, no que se refere à liberdade individual como pressuposto para o liberalismo econômico, e da liberdade dos indivíduos em oposição à atuação estatal.

Sem embargo, talvez tivesse andado melhor o relator se tivesse, ao se socorrer do direito comparado, escolhido alguma nação não apenas que adotasse também o nosso sistema jurídico romano-germânico, mas que fosse caracterizada pela forte presença estatal na regulação do ramo jurídico laboral (em oposição aos países citados onde o estado se faz pouco presente nesse setor, havendo uma

prevalência da normatização autônoma em face da heterônoma); ou seja, alguma nação que apresentasse mais semelhanças do que diferenças para com o nosso ordenamento.

Mais importante do que isso, cremos que quando se busca de forma supletiva a utilização de normatização estrangeira há de se buscar, é claro, a que se considere (ainda que esse juízo seja subjetivo) a melhor e mais avançada.

Em suma, acreditamos que poderia ter o relator escolhido valer-se das regras de países que fossem paladinos do respeito e da efetivação dos direitos sociais.

À guisa de exemplo, e para não nos estendermos neste ponto, Floriano Barbosa³⁷ assevera que “Na Suécia, a Constituição prevê a absoluta proteção de *e-mail*, referindo que os cidadãos serão protegidos contra violações da integridade física ou de domicílio e outros abusos da mesma natureza; é contra também as escutas telefônicas”.

Já com relação ao argumento que se teceu, o fato de não haver expectativa de privacidade denota tão somente que as regras de direito posto não vem sendo observadas. Não cremos que a repetição do erro o convalide. A Constituição da República é bastante clara no tocante a preservação do sigilo de correspondência (seja ela de que tipo for, pois a Constituição não diferencia, e onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo), e mais clara ainda quando proíbe a utilização no processo de provas obtidas de maneira ilícita (art. 5, LVI).

Se a correspondência dos empregados costuma ser devassada no âmbito de certas empresas, certamente é um costume *contra legem* (aliás, sequer como costume pode ser classificado, por lhe faltar o requisito da crença generalizada em sua obrigatoriedade) atentatório a disposições cogentes de lei, e cremos que compete ao operador jurídico insurgir-se contra tal estado de coisas e penalizar quem infringe as normas legais, e não aceitar a violação como um estado de coisas natural, pedindo que os trabalhadores se encaixem no costume ditado pelas empresas.

Ressaltando o caráter tautológico de que se reveste esse tipo de argumento, Bruno Lewicki³⁸ parece concordar conosco acerca de sua ilegitimidade, ainda que

³⁷ BARBOSA JUNIOR, op. cit., p. 97.

³⁸ LEWICKI, op. cit., p. 114.

sob outro enfoque, menos jurídico e mais pragmático, e com o qual concordamos inteiramente:

A crítica mais repetida (...) diz respeito ao caráter circular que é inerente à sua estrutura. As expectativas subjetivas de privacidade refletem o quanto as pessoas vivenciam de privacidade em seu ambiente; na medida em que os avanços tecnológicos permitem uma vigilância cada vez mais intensa, as expectativas de privacidade diminuem na mesma proporção. Baseando-se neste raciocínio, o comportamento mais interessante para o empregador que não deseja se ver às voltas com demandas judiciais que versem sobre privacidade é ceifar, no nascedouro, qualquer expectativa que as pessoas possam alimentar, neste sentido, em seu ambiente de trabalho – o que, de certo modo, é o que se intenta alcançar nos “códigos de conduta”, correntes nas grandes corporações.

Assiste razão ao autor. No fundo, esse tipo de decisão acaba dando um incentivo ainda maior para que os empregadores restrinjam cada vez mais o pouco que sobrou de privacidade dos empregados, criando o curioso paradoxo de que quanto mais eles insistirem em tais condutas anti-jurídicas mais protegidos pelo direito (tal qual ele é pronunciado no caso concreto pelas cortes trabalhistas) eles estarão. E os trabalhadores, que já são a parte mais desfavorecida e desprotegida da relação, mais uma vez terão de acatar qualquer coisa que lhes seja imposta como sendo algo normal, ou quando muito, como um mal necessário.

Pensamos que, desta maneira, está se abrindo um precedente perigoso de incentivo à violação da ordem jurídica. Nesta lógica do absurdo, se esta esteira de raciocínio chegasse ao STJ, logo as interceptações telefônicas e violação de correspondência postal, se tornassem muito frequentes, deixariam de ser ilícitos civis e penais, já que a expectativa de privacidade teria ido para o espaço. Aliás, a esta altura dever-se-ia soltar, para quem segue o raciocínio do TST, todos os assaltantes das prisões, pois quem no Brasil pode ter a expectativa de andar livremente com seus bens pela rua, a ponto de querer invocar uma proteção legal?

O outro argumento de que as empresas vêm se utilizando (argumentação esta que também vem encontrando acolhida pelos tribunais) é que o e-mail corporativo não se revestiria das garantias constitucionais dadas a correspondência em geral, por constituir meio colocado à disposição do trabalhador para a realização de suas tarefas, sendo portanto ferramenta de trabalho. Assim sendo, o patrão teria o direito de, fazendo uso das prerrogativas que o poder de controle lhe fornece, ter acesso ao seu conteúdo. Nesse sentido, o voto do Min. Rel. Ives Gandra Martins Filho, no AIRR-1.542/2005-055-02-40.4, de 04 de agosto de 2008.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ('e-mail' particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado 'e-mail' corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o 'e-mail' corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

A jurisprudência dos TRTs também segue nesta direção:

E-MAIL CORPORATIVO. MONITORAMENTO. PROVA LÍCITA. JUSTA CAUSA. O e-mail corporativo traduz-se em um serviço de correio interno e privativo da empresa, cuja natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, voltado exclusivamente para o exercício de sua atividade comercial, não cabendo ao empregado valer-se deste instrumento de trabalho para dar destinação diversa, utilizando-o para assuntos de interesse pessoal ou privado.

Esta categoria de e-mail é passível de monitoramento pelo empregador (grifos nossos), cujo objetivo primordial é a proteção das informações da sua empresa, bem como um meio de evitar atividades ilegais e abusivas pelos seus empregados, capazes a afetar a imagem da empresa e gerar possíveis prejuízos, portanto, não há violação de qualquer expectativa de privacidade e confidencialidade.

É lícita a prova obtida do e-mail corporativo, visando a demonstrar justa causa para a despedida do empregado. (TRT23ª RO 00621.2008.009.23.00-0, Rel. Juíza Convocada Carla Leal)

Na hipótese dos autos, o autor tinha ciência da possibilidade de monitoramento do correio eletrônico, assumindo o risco de seu ato. Além disso, **todos os instrumentos utilizados pelo autor, de propriedade da empresa, foram disponibilizados aos empregados para suas atividades profissionais, motivo pelo qual não se configuraria a suposta violação à intimidade garantida pela Constituição Federal.**

(grifos nossos). (TRT 2ª R. RO 01130200404702004, Rel. Wilson Fernandes)

Quanto à tese de que houve violação do direito de sigilo, a sentença foi mais uma vez proficiente e irrepreensível no exame da matéria, merecendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos:

Não há falar, ainda, em prova obtida por meio ilícito, porquanto a prova testemunhal produzida revela que é do conhecimento dos empregados da reclamada que as ferramentas de trabalho fornecidas, e-mail e internet, devem ser utilizadas, exclusivamente, de forma profissional e não pessoal.

Além disso, sequer é concebível que o empregador coloque a disposição do empregado, no horário e no ambiente de trabalho, ferramentas como internet e e-mail com finalidade outra que não a consecução do labor. Assim, há de se presumir que as referidas ferramentas são para o uso estritamente profissional, salvo consentimento do empregador (grifos nossos). (TRT4a R. RO 0016800-02.2007.5.04.0203 Rel. Flavio Portinho Sirangelo)

É de se notar a incoerência da argumentação exposta. Em um primeiro momento, o julgador distingue onde a Constituição não o fez, criando a curiosa categoria de correspondências que não são tão correspondências quanto as outras. A ideia de que, podendo o e-mail ser utilizado para a realização do trabalho, não deve ser considerado meio de comunicação para os fins da proteção constitucional, além de soar desarrazoada, pode nos levar também à situação de que as ligações telefônicas feitas pelos empregados nas dependências da empresa passem a ter seu conteúdo devassado, absurdo esse alias que, segundo Lewicki³⁹, já vem ocorrendo no Reino Unido.

Em um segundo momento, paradoxalmente, o relatório deixa de insistir na ausência de ilicitude da conduta de devassar a caixa de correio dos empregados, para afirmar que há de se ter “parcimônia” na avaliação da ilicitude. Mais uma vez nos vemos forçados a discordar, pois uma prova ou é lícita ou não o é, não cabendo aqui ponderação de valores ou princípios em choque. E, se houvesse, por óbvio que na dúvida prevaleceriam aqueles mais favoráveis ao empregado, conforme princípio basilar do ramo trabalhista, ou, tomando-se uma abordagem estritamente constitucional, a norma que protege o ser humano (e não o interesse econômico da empresa) prevaleceria.

³⁹ LEWICKI, op. cit., p. 114-115.

Não se pode olvidar que a privacidade humana só pode ceder diante de outro valor de maior jaez, pois, no dizer de Lewicki, que novamente colacionamos, a dignidade da pessoa humana (de que a proteção à privacidade decorre) é “como uma espécie de *grundnorm* (sic) – cujos efeitos (...) se irradiam e atinge a totalidade das normas infraconstitucionais aplicadas sob sua égide, independentemente de sua qualificação como normas de direito público ou privado, civil, penal ou constitucional”.⁴⁰

Nesse caso, ainda que pareça óbvio, nunca é demais ressaltar, sua eficácia obriga não só o Estado, como a todos os jurisdicionados (e diríamos principalmente, pois vem deles as principais ameaças aos direitos humanos nos dias que vivemos) pois, na abalizada opinião de Daniel Sarmiento⁴¹, “toda a lógica inerente ao Estado Social reclama uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”.

As hipóteses em que o direito à privacidade pode ser flexibilizado, portanto, conforme já tivemos oportunidade de afirmar, são bastante restritas, e já disciplinadas no texto constitucional, ocorrendo justamente no embate entre diversas facetas com que o princípio da dignidade da pessoa humana pode se apresentar.

Assim, nos vemos forçados mais uma vez a corroborar o pensamento de Floriano Barbosa Junior⁴², quando este aduz que “a legítima introdução na vida privada se dará, excepcionalmente, desde que precedida de um fundamento de interesse público. Não é possível violar a intimidade para atender ao interesse privado ou meramente econômico.”

Certamente, quando a Constituição garante o direito de propriedade (art. 5, XXII), logo no inciso seguinte ela o condiciona ao atendimento de sua função social. A livre iniciativa constitui um dos fundamentos da república, mas em consonância com seus valores sociais (art. 1, IV). De clareza ainda mais cristalina é o artigo que abre o título que regula a ordem econômica e financeira:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;

⁴⁰ Ibidem, p. 77.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26.

⁴² BARBOSA JUNIOR, op. cit., p. 95.

III - função social da propriedade.

Frise-se, portanto, que a cada menção ao direito de propriedade e livre iniciativa, a norma maior impõe restrições que devem ser obedecidas em prol dos trabalhadores (além dos consumidores, meio ambiente, etc.), baseadas em interesse público. Cremos que aí está o grande equívoco dos julgados colacionados: é o direito de propriedade que deve ser sempre exercido de acordo com essas condicionantes, e não o contrário.

O que não se pode é pautar o exercício das mais mezinhas normas atinentes à preservação da dignidade humana à sua conformidade com a busca do lucro a qualquer preço. Por tudo que foi dito, seria redundante dizer que em choque os princípios da livre iniciativa e da privacidade o último prevaleceria, muito embora parte da doutrina e a jurisprudência costumem insistir no contrário.

Porém diríamos mais: os dois princípios em verdade não se chocam, justamente por ser a propriedade um direito sempre condicionado e dependente da dignidade humana. Isso quer dizer que como o direito do proprietário vem sempre atrelado aos valores sociais estampados na Constituição, não há sequer se cogitar a sua existência sem eles. Muito menos um conflito.

É importante ainda salientar que esses argumentos utilizados pelos tribunais como permissivos a devassa das comunicações dos empregados estão em contradição com outros fundamentos constantes dos acórdãos. Com efeito, voltando ao famoso caso *HSBC*, acórdão paradigma amplamente citado na jurisprudência consultada

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização comedida do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do e-mail corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico.

(TST-AIRR-613/2000-013-10-00.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen)

A nosso ver, quando o tribunal acredita, conforme transcrevemos linhas acima, que o empregador não deve proibir o uso social do e-mail, está implicitamente admitindo que conteúdo de caráter pessoal pode sim ser veiculado por mensagens eletrônicas. Isso, por si só, já afastaria de todo que sequer se

aventasse a possibilidade de o empregador acessar a caixa de correio de seus subordinados, pois se a mensagem enviada é de cunho pessoal então ela é absolutamente indevassável; outrossim, não se pode dizer, nesse caso, que a conta de e-mail presta-se única e exclusivamente a uso em serviço, e com menos razão ainda, que não subsiste expectativa de privacidade com relação a esta.

3.3 IMPOSSIBILIDADE DA NORMATIZAÇÃO DO ACESSO AO *E-MAIL* POR REGULAMENTO DE EMPRESA OU NORMA COLETIVA

Alguns dos autores (por exemplo, Herrlein e Heinzereder) que se debruçaram sobre o tema têm ventilado a possibilidade de as empresas, via regulamento interno ou através de acordo ou convenção coletiva com os entes sindicais, estabelecerem a possibilidade e o modo pelo qual se daria uma possível intrusão nas correspondências eletrônicas enviadas pelos empregados, de modo a afastar a ilegalidade da prova assim obtida. Nesse sentido Bruno Herrlein Correia de Melo⁴³ considera:

Juridicamente possível à fiscalização do correio eletrônico profissional enviado, desde que tomados certos cuidados como:

- 1) a previsão do procedimento fiscalizatório no Regulamento Interno de Trabalho;
- 2) o aceite expresso desta política de fiscalização pelo empregado;
- 3) a ciência, de todos os empregados, da política de utilização e fiscalização do correio eletrônico da empresa.

Preliminarmente ressaltamos que a doutrina entende possível este procedimento apenas com relação aos e-mails **expedidos** pelos empregados. De fato, o acesso ao conteúdo de mensagens eletrônicas que envolvam também pessoas de fora da empresa, completamente alheias a relação de direito material entre as partes, as quais inocentemente sequer suspeitam não estar resguardado o seu direito à privacidade, constituiria um gritante abuso. Citamos, mais uma vez, o entendimento de Bruno Herrlein⁴⁴:

⁴³ MELO, op. cit., p. 210.

⁴⁴ Ibidem, p. 162.

As duas únicas hipóteses de limitação do direito à intimidade são o interesse público e o consentimento do interessado, sendo certo que há a carência de ambos na hipótese de fiscalização das mensagens recebidas no correio eletrônico profissional. Pois, se o remetente da mensagem é pessoa estranha à empresa e, conseqüentemente, não possui a obrigação de conhecer o Regulamento Interno de Trabalho da empresa onde trabalha o destinatário, partiria da premissa que sua intimidade (“sigilo postal”) seria respeitada.

Já nos pronunciamos neste trabalho acerca da antijuridicidade de o empregador estabelecer, unilateralmente e com base no seu poder diretivo, qualquer normatização ou procedimento atentatório aos preceitos constitucionalmente assegurados de salvaguarda à privacidade de seus empregados. Quanto à impossibilidade de um trabalhador transacionar ou ceder pela via contratual, atuando por conta própria, o seu justo direito de privacidade no ambiente em que labora, nos parece de clareza solar, e se insistimos neste ponto é apenas pelo amor ao debate.

O empregado é a parte desfavorecida na relação empregatícia, e toda concessão que ele faz de seus direitos é sempre vista pelo direito do trabalho com desconfiança, jamais podendo ser feita se lhe trouxer prejuízo, havendo uma presunção absoluta de que o fez premido pela necessidade de prover o seu sustento. Para o magistério da professora Vólia Bomfim⁴⁵, a CLT vedou as alterações, mesmo que bilaterais, suscetíveis de causar prejuízo ao empregado, como decorrência lógica do princípio da proteção. O que se admite, todavia, é que o trabalhador **transacione** (e não renuncie) a parcelas, na lição do Min. Mauricio Godinho Delgado, de indisponibilidade **relativa**.

No caso em tela, por se tratarem de direitos constitucionalmente assegurados e garantidores da dignidade operária, a vedação à transação é **absoluta**. Consoante definição de Godinho⁴⁶,

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico [...] Também será absoluta a indisponibilidade, sob a ótica do Direito Individual do trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Este último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois) parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real.

⁴⁵ CASSAR, op. cit., p. 780.

⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 201.

É justamente nesse ponto, quanto à possibilidade de transação pelo sindicato e legitimação pela via da negociação coletiva de procedimentos invasivos da privacidade do trabalhador que há de se tomar o maior cuidado, em um país que já viu sindicatos concordarem inclusive em flexibilizar normas relativas a saúde e segurança ocupacional (a ponto inclusive do TST editar a OJ 342 da SDI-1, proibindo os sindicatos de transacionarem a redução ou supressão dos intervalos intrajornada para repouso e alimentação).

É fato que o sindicato tem legitimidade para, mediante concessões recíprocas, estabelecer acordos ou convenções, com validade máxima de dois anos, que regerão os contratos de trabalho naquele período. É consenso também que a carta de 88, em seus art. 7, 8 e 9, deu grande incentivo à negociação coletiva, com vistas a promover uma adequação setorial negociada das condições de trabalho.

Tal prerrogativa, contudo, não pode conduzir ao entendimento de que seriam os sindicatos capazes de abolir (ainda que em virtude de outros ganhos negociados) o **mínimo** existencial assegurado aos trabalhadores, muito menos suprimir normas de ordem pública, todas elas normas estatais de cunho imperativo e inderrogável. Ressalte-se que o próprio poder constituinte não tem legitimidade para delas dispor, por se constituírem em direitos fundamentais, logo, cláusulas pétreas, vez que nossa Constituição buscou resguardar-nos do retrocesso social.

Mais uma vez, socorremo-nos do Min. Godinho⁴⁷, que explica que “*não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de disponibilidade absoluta [...] por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido*”. No caso brasileiro, aduz o jurista que este patamar mínimo se consubstancia nas

Normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5, par. 2, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e segurança do trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, [...]) etc.

⁴⁷ Ibidem, p. 160.

Mas se é assim, preocupar-se-iam alguns, como pode o empregador assegurar-se que os trabalhadores estão cumprindo com zelo suas tarefas, e de que não estão utilizando as contas de e-mail para fins proibidos pelas normas empresariais e de direito? De que ferramental poderia ele dispor?

Lá do outro lado do Atlântico, Amadeu Guerra leciona que qualquer tratamento de dados de ordem pessoal só “pode apresentar-se como legítimo se revelar *necessário* ao exercício da actividade econômica do respectivo responsável”, lembrando-nos assim mais uma vez do princípio da proporcionalidade que ilumina todo o ordenamento jurídico.

Acreditamos firmemente que os procedimentos de invasão de e-mail corporativo por parte do empregador constituem condutas que não passariam pelo crivo da proporcionalidade, pois não obstante se subsumir ao requisito de adequação (aptidão a produzir os efeitos desejados), não há como avaliar tais procedimentos como necessários (ou seja, causadores da menor restrição possível ao outro direito, conforme veremos a seguir) e muito menos proporcionais em sentido estrito (pois sacrificam direitos fundamentais de maior relevância para o ordenamento do que aqueles que se buscou tutelar, conforme já foi exaustivamente demonstrado).

Pretendemos, pois, mostrar no próximo capítulo que a invasão do correio eletrônico dos empregados, além de desproporcional em relação ao bem jurídico que se pretende defender, é desnecessária, e portanto ilegítima, também por haverem outras maneiras menos gravosas de se resguardar os justos direitos do empregador.

4 PROPOSTAS PARA CONCILIAR OS INTERESSES CONTRAPOSTOS

4.1 EMPREGADORES, EMPREGADOS E A BOA-FÉ OBJETIVA

Um primeiro aspecto que se deve levantar em conta com relação à resolução da problemática do uso indevido das ferramentas informáticas (e de sua fiscalização), ainda que provavelmente adentrando mais o campo da utopia do que o de uma solução prática, é que o problema inexistiria se tanto empregadores quanto empregados pautassem sua conduta neste campo pelos ditames da boa-fé, que é requisito de licitude expressamente previsto para o exercício de direitos no novo Código Civil (art. 187).

Desta feita, a conduta do empregador que não permite que seus subordinados tenham acesso aos meios de comunicação informáticos durante o expediente, nem que seja para enviar uma breve mensagem a um colega ou para resolver fato urgente (como no caso do acórdão 20000003874147, do TRT da 2ª região), constitui abuso de direito, tanto quanto a conduta dos trabalhadores que passam o dia inteiro a enviar e-mails com arquivos enormes, sobrecarregando os servidores da empresa.

Uma tentativa de amenizar estes problemas poderia passar por campanhas de esclarecimento, louvando-se mesmo do auxílio do sindicato, para conscientizar os empregados da danosidade das condutas assinaladas, precedida de negociação com a empresa sobre política de uso dos computadores (em que, consoante entendimento que já dispusimos não poderão ser estabelecidas restrições a direitos fundamentais dos trabalhadores). Contudo, ainda assim a resolução destas questões estaria na dependência unicamente da consciência, honestidade e boa vontade das partes no cumprimento do acordo. E temos a convicção de que há outras maneiras mais efetivas de se acabar com o problema.

4.2 EMPREGADORES E O USO CORRETO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

O atual estágio de nossa evolução tecnológica disponibiliza uma variedade de métodos aptos a propiciar uma fiscalização eficaz ao resguardo dos interesses do empregador sem que haja a possibilidade de atuação abusiva no que concerne à preservação da privacidade.

Entendemos como oportuna, nessa seara, por plenamente aplicável a questão da devassa dos correios eletrônicos, a observação de Barbosa⁴⁸ com relação às revistas íntimas, de que “representam uma maneira simplista e acomodada e, acima de tudo, ilegítima e ilegal de defesa da propriedade privada, já que viola preceito fundamental do ordenamento pátrio, que coloca a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil”. De fato, em havendo outra maneira de se resguardar o interesse patronal, que efetive uma máxima proteção aos direitos humanos em geral e dos trabalhadores neste caso específico, não resta escolha aos empregadores a não ser se valer da atuação mais benéfica aos empregados.

Pode acontecer, neste caso, do procedimento ser mais custoso ao patrão, por um ou vários motivos: ser mais caro, requerer tecnologia especializada, mais pessoal, etc. Pouco importa. Foi o empresário, quando lançou-se à aventura econômica, quem assumiu os riscos da atividade, consoante disposição expressa do caput do art. 2 da CLT. Ele não pode, pois, transferir esse ônus a seus subordinados, devendo pautar sua atuação pela preservação e estrita observância dos direitos destes. Caso deseje, ou sinta necessidade de efetuar controle sobre qualquer aspecto inerente à prestação dos serviços, é livre para fazê-lo, suportando os gastos que para isso forem necessário, além, é claro, de cumprir as regras trabalhistas.

Nesse diapasão, adaptamos alguns procedimentos listados por Amadeu Guerra⁴⁹ e que, como entendemos, poderiam ser utilizados para compor os interesses de ambos os pólos da relação de emprego satisfatoriamente, sem acarretar afronta às regras do nosso direito.

⁴⁸ BARBOSA JUNIOR, op. cit., p. 82.

⁴⁹ GUERRA, Amadeu. **A Privacidade no Local de Trabalho**. 1. ed. Lisboa: Almedina, 2004, p. 328-329.

Assim, devem as empresas por em prática formas de controle as menos intrusivas possíveis, sempre de acordo com princípios claros e previamente definidos, que sejam de conhecimento dos trabalhadores; e frisamos, com o propósito também de resguardar o empregador, a importância de se obter o acordo com as entidades sindicais.

Quanto a esse aspecto é de se considerar que esse controle seja focado em atividades e áreas que apresentem um maior potencial de risco para a empresa, sendo, de mais a mais, conduzido dentro de princípios de generalidade para que não dêem aso à perseguições de qualquer ordem.

O empregador poderia, assim, e conforme definido em regulamento ou acordado com o sindicato, mas sempre dando ampla publicidade aos empregados, adotar tecnologias que filtrassem automaticamente certos tipos de arquivos antes da chegada às caixas de entrada dos usuários.

Evitar-se-ia assim a propagação de vírus, cavalos de tróias, *spywares* e outros programas maliciosos (arquivos com extensão .exe, por exemplo), ou superlotação na capacidade dos servidores da empresa com arquivos que provavelmente não tem relação com as atividades envolvidas na prestação dos serviços (tais como arquivos de música .mp3, ou de vídeo .mpg). Acreditamos, todavia, neste último caso, que deva ser negociada uma cota diária ou limite de tamanho por arquivo, para que se permita o uso social do e-mail a que já aludimos.

Pensamos que Dever-se-ia, também, assegurar ao trabalhador meios rápidos e eficazes com o fito de assegurar a eliminação imediata dos e-mails recebidos e cuja entrada na caixa de correio eletrônico ele não pode evitar. Ainda com relação aos e-mails recebidos, essa é uma questão em que a responsabilidade patronal é até maior do que a do empregado, por ser aquele o responsável pela tecnologia de proteção que garante a rede da empresa.

Compete, pois, ao empresário dotar seus computadores de bons programas anti-vírus e filtros de *spam*, cuidando para que estejam sempre atualizados. Esta é uma preocupação que a bem da verdade, como bem observa Amadeu Guerra⁵⁰, devem as empresas ter em mente independentemente de eventual mau uso que os empregados possam fazer do e-mail, pois a simples conexão da empresa à rede mundial de computadores já possui aptidão de expô-la a risco.

⁵⁰ GUERRA, op. cit., p. 391.

Outro aspecto importante que os empregadores devem ter em mente, no caso específico de suspeita de violação de segredo comercial, é que a fidúcia é inerente à relação de emprego. Assim, deve-se presumir que todos os pólos da relação estão sempre atuando pautados pela boa-fé e retidão que informa a execução de todos os contratos. Queremos dizer com isso que, em havendo suspeitas de violação de sigilo comercial ou industrial, tal fato constitui crime, devendo ser investigado pela polícia, com os meios e recursos apropriados, não se justificando que se firam direitos para fins de investigação, por mais torpe que sejam os fatos imputados ao obreiro.

Por derradeiro, consideramos que, caso se insista na viabilidade de se proceder a algum tipo de tratamento dos dados de correspondência eletrônica dos empregados que os individualize, isto só deve ser feito em situações especialíssimas.

Um exemplo seria a reiteração no envio, recebimento ou armazenamento de mensagens de vários megabytes, as quais acabam por encher a caixa postal do empregado de tal maneira que impedem as mensagens relacionadas ao trabalho de chegar. Nesse caso, verificando-se um trancamento da caixa de correio, poder-se-ia chamar o empregado a dar explicações ou se lhe exigir que cuide para que haja sempre espaço na caixa.

O que não se pode admitir é que com base nisso simplesmente seja acessada a conta de e-mail ou outros dados relevantes (sobre destinatários, assuntos das mensagens, etc), mesmo que com o consentimento do trabalhador (pois consoante já pudemos afirmar, há presunção absoluta de que sua vontade não foi livremente manifestada).

Ressaltamos mais uma vez nesse ponto que os critérios devem ser objetivos, discutidos e amplamente divulgados para os empregados, e estabelecidos de maneira que se permita o uso social do e-mail conforme entendimento já exposto.

É também nossa opinião que, antes de se pensar em formas de vigilância do trabalhador, dever-se-ia levar em conta também a produtividade e eficiência dos empregados, pois se estes cumprissem com perfeição todas as tarefas que lhes são impostas não haveria motivo razoável para que sejam punidos, mesmo que mandem milhares de e-mails por dia que não tenham relação nenhuma com suas atividades laborais.

Outrossim, cremos que isso apenas demonstraria que o empregador está subutilizando a capacidade deles, não podendo cair nas costas do empregado responder por isso; não se pode, ainda, por extremamente desumano, querer que alguém, após já ter realizado com perfeição todas as tarefas que lhe foram pedidas, e de ter procurado sem sucesso outras atividades em que aplicar sua energia de trabalho, passe o dia olhando para o vazio (ou para o relógio) esperando que o tempo passe e chegue as dezessete horas, para que ele possa ir para a casa e resolver vários assuntos que ele já poderia, facilmente, ter resolvido à distancia, no seu local de trabalho.

Nem se diga que o ócio de um trabalhador seria danoso a empresa, por desestimular os outros ao trabalho, pois proibir ou uso do e-mail ao trabalhador que já cumpriu com todas as suas tarefas com presteza equivaleria a punir o diligente e premiar os indolentes. No final, estaria havendo um nivelamento por baixo, tomando por base aqueles menos produtivos.

Cremos, portanto, que as empresas devem procurar maneiras de incentivar os seus funcionários a produzir (por exemplo, com a instituição de metas ou prêmios), e não atemorizá-los com esse fim, não só porque cremos que desta maneira estarão agindo em conformidade com os ditames do ordenamento jurídico, mas também porque, segundo nos parece, tal atitude seria positiva também economicamente para o empresário.

Finalmente, consideramos que as regras acima colacionadas se prestam a resolver, se não em sua totalidade, ao menos parcela considerável dos problemas com que se defrontam os empregadores (e que, como é usual, acabam por trazer reflexos deletérios aos trabalhadores, que são o lado desfavorecido da relação jurídico-trabalhista) com relação ao mau uso das tecnologias informáticas no contexto laboral, demonstrando não subsistir, assim, qualquer desculpa para a utilização de metodologias de salvaguarda aos direitos patronais que sejam atentatórias as legítimas expectativas de privacidade dos trabalhadores.

5 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho surgiu nas economias centrais do planeta, na segunda metade do século XVIII, como a única forma coerente e metodologicamente válida de se regular as relações empregatícias que surgiam no contexto da produção em massa. “O Direito vigente à época, consistente no Direito Civil, de formação liberal-individualista, não tinha resposta jurídica adequada ao fato novo da relação empregatícia”.⁵¹ A garantia de um patamar mínimo de civilidade e dignidade para o obreiro e a retificação das distorções econômico-sociais inerentes ao capitalismo constituem os objetivos desse ramo jurídico especializado, perseguido, com avanços e retrocessos, há mais de 100 anos.

Nesse sentido, uma nova maneira de negar ao trabalhador sua dignidade intrínseca (em prol, sempre, do incremento da produção empresária), e que se vem desenhando nos últimos anos com a revolução informática, requer a atuação imediata e enérgica do Direito do Trabalho, e de todos os envolvidos na proteção aos direitos laborais (trabalhadores, sindicatos, Ministério Público e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário): a violação do sigilo da correspondência eletrônica dos empregados por parte dos empregadores.

As empresas justificam a necessidade de acessar a correspondência dos empregados devido ao mau uso que os trabalhadores têm feito das ferramentas de *e-mail* postas à sua disposição. De fato, muitos empregados têm usado o *e-mail* para fins ilícitos, como por exemplo o envio excessivo de correntes e anedotas, que tem superlotado os servidores das empresas, ou ainda o envio de fotografias de cunho pornográfico.

Deixamos claro, ao longo deste trabalho, que o acesso do empregador à caixa de *e-mails* dos empregados constitui ato ilícito, por abusar o empregador do seu legítimo direito de vigilância sobre os seus subordinados. O direito ao sigilo de correspondência está estampado na Constituição Federal, revestindo-se de uma proteção absoluta, que não dá aso, por nenhum tipo de malabarismo hermenêutico, a se vislumbrar uma permissão de acesso patronal aos *e-mails* dos empregados.

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 86.

Não se pode sobrepor a um direito humano fundamental, como o é o sigilo da correspondência, o poder diretivo do empregador, que tem por fim garantir a lucratividade de seu negócio. Isso representaria uma gravíssima inversão de valores jurídicos.

Todavia, ainda que a Constituição Federal não fosse expressa a respeito da proteção a ser conferida ao sigilo de correspondência, ela obviamente estaria implícita no direito à inviolabilidade da intimidade e vida privada constante do art. 5, X. Ou ainda, no fato de que a ordem econômica deve voltar-se à valorização do trabalho e dignidade humanos (art. 170, *caput*) devendo a propriedade não apenas garantir o lucro, como também exercer função social (art. 170, III). Por fim, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1, III), por si só já serviria a imantar o direito à privacidade com uma capa protetora contra os abusos cometidos pelos empregadores.

Alegam, entretanto, os defensores da possibilidade de acesso patronal aos *e-mails* dos empregados, com base na jurisprudência britânica e norte-americana, que os computadores são uma ferramenta de trabalho, e que portanto o uso que se faz dele está sujeito à vigilância, não sendo albergado pelo sigilo de correspondência. Aduzem ainda que não há expectativa de privacidade a se tutelar, por ser essa forma de comunicação facilmente devassável.

Creemos que o equívoco destas proposições foi também sobejamente demonstrado. A Constituição Federal não distingue entre tipos de correspondências, havendo umas devassáveis e outras não, por conseguinte sendo impossível ao interprete fazê-lo. A única relativização válida ao sigilo da privacidade (e que nesse caso não abrange a correspondência), repetimos, é a que se justifica com base em investigação criminal ou instrução processual penal.

Quanto à ausência de expectativa de privacidade, já tivemos também oportunidade de demonstrar o caráter tautológico deste argumento, que justifica a violação do direito pelo fato de ele ser continuamente violado.

Nesse ponto frisamos que não são apenas, por óbvio, os interesses do trabalhador que merecem acolhida, tendo também o empregador o direito de zelar pelo bom cumprimento do contrato. Mas para isso não há necessidade de se violar os direitos dos empregados: há diversas ferramentas informáticas de que se podem valer as empresas com esse intuito, como por exemplo o uso de boas e atualizadas

ferramentas anti-vírus, a filtragem de tipos de arquivos enviados, por tamanho, por volume de correspondências diárias, etc.

Negociando estas formas de controle não invasivo com o sindicato dos trabalhadores, pode o patrão coibir o uso abusivo das ferramentas de *e-mail* postas à disposição dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que não agride o direito deles à privacidade.

Infelizmente, o fato de existirem maneiras menos intrusivas de se evitar o uso abusivo da correspondência eletrônica, e de os direitos dos trabalhadores no tocante ao sigilo de sua correspondência encontrarem-se já agasalhados sob o manto protetor jus laboral e constitucional, não tem sido suficientes para garantir a efetiva defesa desses direitos obreiros na conduta das empresas em geral e no entendimento da jurisprudência majoritária.

Os direitos dos trabalhadores, mais ainda do que em todos os outros ramos do direito, só tiveram condição de florescer a partir do engajamento e embates concretos das partes interessadas na sua efetivação. Neste novo milênio de economia pautada pelo neo-liberalismo, de brutal exploração da mão-de-obra, com os sindicatos cada vez mais enfraquecidos, é preciso que redobremos o cuidado para não permitir que os interesses meramente econômicos, mais uma vez, se sobreponham aos interesses das classes desfavorecidas, sem condições de por si só resistirem aos avanços sobre seus direitos.

Creemos que é preciso que os empregadores compreendam que quando o trabalhador tem seus direitos preservados e boas condições de trabalho ele tende a produzir mais; que os trabalhadores e os sindicatos se empenhem para garantir salvaguarda ao legítimo direito de privacidade que assiste aos empregados, através dos instrumentos de negociação coletiva e, em último caso, do direito de greve posto a sua disposição. Acreditamos firmemente também que é dever do Legislativo criar leis que vedem a possibilidade de violação às correspondências dos empregados (pois faz parte da nossa cultura precisar de leis para fazer cumprir o que já é obviamente exigível), mesmo que a Constituição já forneça todas as ferramentas necessárias à proteção dos hipossuficientes neste aspecto. Sepultar-se-ia, assim, a celeuma sobre o assunto, e acreditamos não mais haveria modo de se justificar esse ataque aos direitos trabalhistas.

Outrossim, há necessidade de uma atuação mais vigorosa das Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho com o intuito de coibir essas violações de direitos, e de uma mudança no paradigma não só da nossa jurisprudência, mas de toda a sociedade, que acolha, como o valor mais importante que se possa defender, não o direito ao lucro, mas o direito a uma vida digna, plena e feliz.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade** – direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: Ltr, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Niteroi: Impetus, 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010.
- _____. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 31. edição. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUERRA, Amadeu. **A Privacidade no Local de Trabalho**. 1.ed. Lisboa: Almedina, 2004.
- HEINZEREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador: O Uso do e-mail no Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.
- LEWICKI, Bruno. **A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LORENZETTI, Ari Pedro. **As Nulidades no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.
- LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Bruno Herrlein Correia de. **Fiscalização do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Campinas: Servanda, 2007.

OXFORD CONCISE ENGLISH DICTIONARY. 10. ed. New York: Oxford University Press, 1999.

ROCHA, José Antonio Meira da. **Modelo de monografia e Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)**. Disponível em: <http://www.meiradarocha.jor.br/news/wp-content/uploads/2007/09/modelo_tcc2006-10-19a.ott>. Acesso em: 10 abr. 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

WHITAKER, Reginald. **The End of Privacy: How Total Surveillance Is Becoming a Reality**. New York: New York Press, 1999.