

O DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE E O RASTREAMENTO DE E-MAILS

Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert¹

“A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente” (Luiz Roberto Barroso)²

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com a larga utilização da informática nas empresas, cada vez mais comuns as redes de computadores, com a integração dos funcionários, cada qual portador de um e-mail próprio, vinculado ao provedor da empresa (os chamados e-mails corporativos). Este artigo tem por objetivo refletir sobre a possibilidade de rastreamento dos aludidos e-mails, diante do direito constitucional de proteção à privacidade e da garantia de inviolabilidade das correspondências (artigo 5º., incisos X e XII, CF).³

2. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL E NO MUNDO

Segundo a Folha Online de 10/07/01⁴, mais de um terço dos norte-americanos que usam a Internet no trabalho têm suas atividades *on line* monitoradas por seus patrões, o que vem crescendo devido ao baixo preço das ferramentas de rastreamento e diante da preocupação, por parte das empresas, com a produtividade e com o uso da rede para fins sexuais.

Um estudo conduzido pela entidade *Privacy Foundation*⁵ apurou que, de 40 milhões de trabalhadores norte-americanos, cerca de 14 milhões (35%) são monitorados no seu uso de Internet no escritório. Mundialmente, a taxa é menor: de 100 milhões de empregados, 27 milhões são rastreados.

No Brasil, não há normatização acerca da utilização da Internet no ambiente de trabalho, sendo certo que a regulamentação da matéria se impõe, diante dos novos tempos. Nada obstante, como bem salienta Maurício Godinho Delgado⁶, a despeito da ausência de normatização, é fato que a Carta Magna de 1988 rejeitou “*condutas fiscalizatórias e de controle de prestação de serviços que agridam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador*”⁷

O Reino Unido, desde 2000, através da *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, autorizou expressamente as empresas a controlar, interceptar e gravar qualquer chamada telefônica, correio eletrônico ou a navegação pela Internet, sem conhecimento do trabalhador, sempre que a finalidade de tal interceptação se encaixasse em alguma das determinações legais.

1. Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Criciúma-SC e Professora de Direito Processual do Trabalho da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

2. BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 135.

3. Artigo 5º, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; e inciso XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

4. Disponível no site. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u6785.shl>, consultado em 30/06/05.

5. *Idem* nota 3.

6. “Curso de Direito do Trabalho”, Ed. Ltr, 4a. ed., 2005, pp. 634/635.

7. Op. Cit, pg. 635. Nesse sentido, o artigo 1º, III, CF/88; artigo 3o., I e IV/CF/88; artigo 5º., caput, III, e X, da CF/88.

Na Espanha, por sua vez, no final de 2000, o Senado aprovou uma moção para que o governo regulamente o uso do correio eletrônico e da Internet como instrumento entre os trabalhadores e os sindicatos, de forma a garantir a inviolabilidade das comunicações, por vir considerando a jurisprudência espanhola *“que o local de trabalho não constitui, por definição, um espaço onde se possa exercer o direito à intimidade. Esse direito está limitado ao seu exercício, dentro do local de trabalho, nos lugares de descanso, mas não naqueles em que efetivamente se desenvolve a atividade do empregado”*⁸.

O advogado Mário Antônio Lobato de Paiva⁹ ilustra a tendência espanhola, colacionando recente decisão da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça Catalunya, composta pelos Drs. José Quetcuti Miguel, Francisco Javier Sanz Marcos e Rosa Maria Virolés Pinol, no processo de número 4854/2000, em que os juízes apreciaram um feito envolvendo a chamada *“informatização da demissão”*.

Entenderam os julgadores que o envio por parte do empregado, sem autorização da empresa, de 140 e-mails a 298 destinatários (terceiros ou colegas de trabalho), de natureza obscena, humorística e sexual, tem o condão de autorizar a sua demissão, sem direito à indenização e salários.

Uma das justificativas para a decisão colegiada é a de que o empregado desatendeu ao dever legal de prestar serviços, uma vez que a empresa demandada só permitia a utilização daquele sistema de comunicação para fins de execução da atividade laboral. Isto porque o trabalhador, ao utilizar dos meios informáticos por conta da empresa e em grande número de ocasiões, para fins alheios à sua atividade e comprometendo a atividade laboral de outros empregados, transgrediu a boa-fé contratual, violando os deveres de conduta.

Nos Estados Unidos, país conhecido pela obsessão no resguardo do direito à privacidade, lembra o Ministro Dalazen¹⁰, a maioria das Cortes vem entendendo que o empregado, ao receber um e-mail corporativo, não tem expectativa de privacidade na sua utilização, tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos, e, ainda, o interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do uso do e-mail da empresa.

Em solo pátrio, a matéria vem sendo timidamente submetida aos Tribunais. Recente decisão da 1ª. Turma do c. Tribunal Superior do Trabalho¹¹, que confirmou

8. **INTERNET E DIREITO (Reflexões Doutrinárias)**, coordenado por **Roberto Rolland Rodrigues da Silva**, Editora Lumen Juris (Rio de Janeiro), **MMI**, fls. 71, no artigo **IMPACTOS DA INTERNET NO CONTRATO DE TRABALHO**, de autoria de **Zoraide Amaral**, conforme informação obtida no site <http://www.internetlegal.com.br/artigos>, visualizado em 04.07.05.

9. Disponível no site <http://www.internetlegal.com.br/artigos>, visualizado em 04.07.05, artigo “O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico”.

10. Proc. TST RR - 613/2000-013-10-00

11. Idem nota 8. Publicação no DJ de 10/06/2005. Ementa: PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. *Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do*

empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

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

decisão emanada da 3ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região¹², reconheceu a ocorrência de justa causa na dispensa de um empregado acusado de enviar fotos pornográficas pela Internet, utilizando-se de provedor da empresa.

Naqueles autos, o empregador, depois de descobrir que um funcionário mandava mensagens eletrônicas com fotos pornográficas aos colegas, rastreou as mensagens, com o objetivo de obter provas para a demissão por justa causa. Para o c. TST, a prova obtida daquela maneira é considerada lícita, ao entendimento de que o e-mail corporativo é de propriedade do empregador, apenas cedido ao empregado, razão pela qual pode ele exercer o controle das mensagens, segundo o Ministro Dalazen, “*de forma moderada, generalizada e impessoal*”, a fim de evitar abusos.

A decisão de 1º grau, sinalize-se, oriunda da 13ª Vara do Trabalho de Brasília, havia concedido procedência ao pedido vestibular, ao argumento de que a empresa não teria o direito de violar as correspondências eletrônicas de seus funcionários e, como tal, considerando que a prova motivadora da justa causa fora obtida de forma ilícita, não a admitiu e anulou a justa causa aplicada.

O e. Regional da 10ª Região, por sua vez, através da Relatora Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, reformando o julgado, entendeu que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabia-lhe “*o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho*” e que “*a empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.*”¹³

Aplicando o princípio da proporcionalidade, entendeu a Juíza Relatora que não se pode, sob o dogma de respeito a determinadas garantias, possibilitar que sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, aí se inserindo os direitos à individualidade, liberdade, personalidade e privacidade e, do outro lado, a reputação da empregadora, que poderia ter sua imagem abalada.

Comungo, em parte, do entendimento do TRT da 10ª Região, referendado pela Superior Corte Trabalhista, desde que o monitoramento das mensagens eletrônicas esteja devidamente fulcrado em fatos objetivos (como, *in casu*, para descobrir o autor do envio de mensagens pornográficas) e de forma limitada, já que a permitir-se o rastreamento ilimitado estar-se-ia fazendo letra morta do direito constitucional à privacidade e, via de consequência, propiciando abusos por parte do empregador, que poderiam vulnerar, não só o direito fundamental à privacidade, como também o princípio de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Carta Magna).

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.

4. Se se cuida de “e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar 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, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em “e-mail” corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVII, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

12. Proc. TRT-DF-RO-0504/92, Rel. Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro.

13. Idem Nota 11.

Por outro lado, há de se ter em vista que o direito à privacidade e ao sigilo da correspondência dizem respeito à comunicação estritamente pessoal (no caso, os e-mails particulares, cuja proteção à privacidade é absoluta), consoante enfoque efetuado pelo Ministro Dalazen¹⁴, devendo o empregado ter consciência que a utilização de e-mail corporativo, ou seja, aquele cedido pela empresa com fins nitidamente profissionais, deve atentar para o bom senso e a razoabilidade, de forma a serem observados “*a moral e os bons costumes*”¹⁵.

Não pode o empregado olvidar, ainda, dos princípios da lealdade e da boa-fé na utilização dos equipamentos do empregador, não se podendo conceber que o faça de forma imoral e ofensiva.

A título ilustrativo, recente acórdão oriundo do e. Regional Catarinense, da lavra da Exma. Juíza Gisele Pereira, bem ilustra essa tendência, cuja ementa se encontra assim resumida: “*o e-mail corporativo, ainda que individualizado em nome do empregado e acessado por senha própria, deve destinar-se estritamente ao uso profissional, e a inviolabilidade da correspondência fica restrita, na medida em que faz parte do poder diretivo do empregador controlar a utilização dos instrumentos de trabalho disponibilizados aos seus empregados, visando à racionalidade, à eficiência e à correta aplicação desses bens destinados à produção*”¹⁶.

Nesse compasso, cabe à empresa, que detém o poder diretivo, orientar o empregado quanto ao uso desmedido do e-mail e também da Internet, a fim de combater os *Cyberlackings*¹⁷, o que gera queda no rendimento profissional, e aumento da vulnerabilidade dos computadores da empresa (em função dos vírus) e da sua responsabilidade legal sobre os atos dos funcionários.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria posta em debate é polêmica e necessita de maior amadurecimento por parte da doutrina e jurisprudência pátrias, o que somente advirá da passagem do tempo e da submissão dos casos concretos aos Tribunais. O que deve ficar bem claro é que as garantias constitucionais à privacidade e inviolabilidade de correspondências não são absolutas e ilimitadas no ambiente de trabalho, no tocante ao rastreamento das mensagens eletrônicas provenientes de e-mails corporativos. Nessa linha de raciocínio, comungo do entendimento do constitucionalista Alexandre Moraes¹⁸, para quem “*...nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda das práticas ilícitas.*”

Referido doutrinador, inclusive, faz menção a uma decisão do excelso Supremo Tribunal Federal, que defendeu a possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, ao argumento de que “*a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas*”.¹⁹

Sob o mesmo enfoque, é a lição de Ada Pellegrini Grinover²⁰, para quem “*os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.*”

14. Idem nota 10.

15. Segundo conclusão do Ministro Oreste Dalazen, na recente decisão do c. TST. Vide nota 10.

16. Acórdão 1050/05 (em segredo de justiça), publicado no DJSC de 29/08/05.

17. Pessoa que utiliza intensamente a Internet no ambiente de trabalho para fins pessoais – segundo pesquisa do site Vault.com, tal sujeito corresponde a 90% dos funcionários, sendo que 15% deles ultrapassam 2 horas diárias.

18. In “Direito Constitucional”, Ed. Atlas, 2004, 16a. ed., pg. 86.

19. STF-1a. T, HC 70.814/5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24.06.04, p. 166650-RT 709/418.

20. In “As Nulidades no Processo Penal”, 6ªed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 140.

Se, pelo lado do empregado, inexistem garantias absolutas constitucionais na relação de trabalho, pelo lado da empresa, deve ela resguardar sua reputação e preservar sua responsabilidade quanto ao uso das ferramentas de trabalho colocadas à disposição daquele, que pode estar fazendo mau uso delas, pelo envio de material ilegal (que incite e divulgue a pedofilia, por exemplo) ou moralmente inadmissível. Para isso, impõe-se a regulamentação da matéria, senão legal, pelo menos no âmbito coletivo, através de códigos de conduta ou cláusulas convencionais que deixem bem claro a vedação do uso do e-mail corporativo para fins particulares ou moralmente inadmissíveis, e a possibilidade de rastreamento em situações específicas e determinadas.

Os princípios da razoabilidade e da boa-fé devem ser levados em consideração pelos sujeitos da relação de trabalho. Somente assim o poder diretivo do empregador poderá ser exercido com responsabilidade, sem comprometimento do princípio da dignidade da pessoa humana, e os deveres impostos ao empregado poderão ser cumpridos de forma adequada e sem implicar em eventual responsabilização do empregador.

Notadamente em relação à pessoa do empregado, vale lembrar a lição do magistrado trabalhista Jorge Luiz Souto Maior²¹: *“Quando o empregado executa seus serviços em estabelecimento do empregador, que, obviamente, tem a sua organização, e utiliza os instrumentos de trabalho fornecidos pelo empregador, não é razoável que possa este empregado exercer a sua vida privada até o ponto de negar a existência de seu próprio estado de subordinação à ordem produtiva e mesmo a propriedade do empregador com relação aos meios de produção que lhe são postos à disposição”*. Ouso divergir, contudo, da conclusão do mesmo juiz, quando nega a “flexibilização” de um chamado direito fundamental (no caso, o direito à intimidade), sob pena da subversão do Estado de Direito. Entendo, ao contrário, que o direito à privacidade e à inviolabilidade de correspondências não pode se tornar de tal forma absoluto que sirva para acobertar, além do mau uso das ferramentas de trabalho, eventuais crimes que possam ser deflagrados a partir da utilização de e-mail corporativo por empregados inescrupulosos, os quais, por sua vez, poderão gerar a responsabilização direta ou indireta da empresa reclamada, nos termos do artigo 932, III, do novel Código Civil.

O jurista Alexandre Agra Belmonte, em obra pioneira sobre a matéria versada²² e citado pelo Ministro Dalazen no recente acórdão da Corte Superior Trabalhista²³, bem explicita a matéria no particular: *“Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados ‘Legal Disclaimers’ ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material.”*

A fim de dirimir tais controvérsias, é que se impõe ao julgador a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de avaliar a possibilidade de relativizar o direito à privacidade, bem assim a garantia à inviolabilidade das correspondências eletrônicas, desde que fulcrado em um fim legítimo e justificado por parte do empregador. Há que se ter muito cuidado, porém, sujeitando-se o empregador, nos excessos, a ser responsabilizado por abuso do direito, com eventual declaração de rescisão indireta (art. 483, “e”, CLT) e condenação ao pagamento dos direitos rescisórios decorrentes e indenização por danos morais, por vulneração dos direitos da personalidade. Igualmente,

21. No artigo *EC 45 reconheceu vocação da Justiça do Trabalho?* Disponível em: < www.estadao.conjur.com.br > . Acesso: 01.07.05.

22. “O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004, p. 113.

23. Idem nota 8.

agindo o empregado em desrespeito aos deveres que lhe são exigidos (diligência e boa-fé, por exemplo), poderá ser responsabilizado com a dispensa motivada, por desídia ou mau procedimento, conforme o caso (artigo 482, alíneas “e” e “b”, respectivamente), ou mesmo indisciplina (alínea “h” do mesmo dispositivo legal), no caso de haver um código de conduta que regulamente o uso do correio eletrônico corporativo.

Em conclusão, soam preciosas as palavras do já citado Alexandre de Moraes²⁴: *“Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.”*:

É o que devemos levar em consideração quando da análise dos casos concretos.

BIBLIOGRAFIA

BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** São Paulo: Ltr, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

KAMINSKI, Osmar. **Controle de E-mails**. Disponível em: < www.conjur.com.br.> Acesso em 30.06.05.

LIPPMANN, Ernesto. **Privacidade Eletrônica**. Disponível em: < www.conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1.> Acesso em 01.07.05.

MACHADO, Guilherme A Gonçalves. **O E-mail no Ambiente de Trabalho**. Disponível em: < www.internetlegal.com.br/artigos.> Acesso em 04.07.05.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002

NASCIMENTO, Sônia A C. Mascaro. **O Assédio Moral no Ambiente do Trabalho**. São Paulo. Revista Ltr 68-08. 2004.

PAIVA, Marco Antônio de Lima. **O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico**. Disponível em: < www.internetlegal.com.br> . Acesso em: 04.07.05.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na Internet**. Disponível em < :www.internetlegal.com.br/artigos.> Acesso em: 04.07.05.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Disponível em: < www.estadao.conjur.com.br.> Acesso em: 01.07.05.

Mais de 1/3 dos Trabalhadores dos EUA são monitorados na Web. Folha Online de 10/07/02. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u6785.shl>. Acesso em 30/06/05.

24. Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2002.