

CLÁUDIA QUEIROZ FERNANDES

**O USO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO E A
RESPONSABILIDADE CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof. Maria Cristina Peduzzi

Brasília

2010

Dedicatória e Agradecimentos:

Dedico e agradeço este trabalho primeiramente a Deus por ser tão generoso comigo, me brindando com essas pessoas maravilhosas que fazem parte da minha vida e por estar sempre presente em meu coração.

Aos meus pais por me ensinarem a valorizar o aprendizado e o conhecimento, cujas experiências compartilhadas resultaram em valiosas contribuições que levarei sempre comigo.

À minha irmã por ser companheira e amiga na caminhada da vida.

Ao meu noivo por sempre me apoiar e demonstrar o quanto é bom crescermos juntos, reconhecendo e se orgulhando de cada conquista e vitória alcançada.

À Ministra e Professora Maria Cristina Peduzzi que premiou a nossa turma com sua sabedoria, competência e dedicação, cujos ensinamentos foram de vital importância para nossa capacitação.

Meus sinceros agradecimentos.

SUMÁRIO

1. A realidade viva da informática.....	4
1.1 A realidade viva da Informática e o Direito do Trabalho.....	6
1.2 A realidade viva da Informática e o Ambiente de Trabalho.....	8
1.3 A realidade viva da Informática e o Correio eletrônico.....	14
1.4 A realidade viva da Informática e as estatísticas de uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho.....	17
1.5 A realidade viva da Informática e a natureza jurídica do correio eletrônico.....	21
2. Privacidade.....	25
2.1 O poder diretivo do empregador e o direito à privacidade.....	32
2.2 O controle é lícito?	35
2.3 A Organização Internacional do Trabalho	44
3. Evolução histórica e o conceito da responsabilidade civil	45
3.1 O uso do correio eletrônico, a aplicação da justa causa e suas consequências.....	55
3.2 O entendimento atual da Justiça do Trabalho	58
4. Conclusão.....	67

Resumo

Tendo-se em vista a necessidade de provar a contribuição da pesquisa para o avanço do conhecimento, torna-se necessário a demonstração do estágio atual do tema que será feito a partir da apresentação do estudo de vários julgados acerca do referido assunto, citando os avanços ocorridos, bem como pesquisas públicas, doutrinadores e juristas.

O estudo desse tema é de extrema relevância para a sociedade que em parte ainda não está tão segura e convencida quanto ao uso da informática tanto no campo profissional quanto no campo social.

O medo da insegurança no mundo da computação ainda é constante e vários são os casos de falta de privacidade ao se utilizar a informática para realizar o trabalho.

Deve-se estudar e debater até onde a informatização do trabalho pode chegar, qual é o conceito de privacidade em pleno século XXI, como nos proteger de possíveis vírus ou hackers que burlam os sistemas de seguranças e passam a ter acesso à informações pessoais ou informações referentes ao trabalho.

Por ser um tema relevante para toda a sociedade, bem como não só para a área do Direito do Trabalho, mas para todas as áreas do Direito, necessário e relevante é esse estudo para o ensino acadêmico.

Objetivos

- ***Objetivos Gerais:***

O objetivo desse estudo é demonstrar à sociedade os reflexos que a informática atual apresenta no âmbito do Direito do Trabalho, bem como analisar essa relação entre os trabalhadores e o uso do e-mail no ambiente do trabalho.

Mostrar também que novas leis devem ser formuladas, construir doutrinas e solidificar a jurisprudência sobre o referido tema. Há um caminho a ser trilhado pelos operadores do Direito, inclusive os operadores do Direito do Trabalho que devem evoluir e se adaptarem a novas tendências.

- ***Objetivos específicos:***

- Conceito de informatização, globalização, o papel do Estado, o combate a morosidade e o princípio da celeridade e da economia processual, o princípio da eficiência, a segurança jurídica na era digital, a Lei 11.419/2006, apartheid digital, a adoção da informatização pela justiça, casos que deram certo, o processo eletrônico na justiça do trabalho.
- Direito do Trabalho na classe Dominante, o homem como centro referencial do Direito, a teoria do Direito do trabalho mínimo, a informática como realidade atual, consequências para o direito, conseqüências no direito do trabalho, casos internacionais.
- O correio eletrônico, natureza técnica do correio eletrônico, natureza jurídica do correio eletrônico, estatísticas sobre o uso do correio eletrônico no ambiente do trabalho, o poder diretivo do empregador versus direito à intimidade do empregado, a responsabilidade civil do empregador, a importância da política pública de uso de internet, a possibilidade de aplicação de justa causa e as consequências nas áreas cível, trabalhista e penal, violação de correspondência, violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica o entendimento atual da justiça do trabalho, e visão geral de direito comparado.
- A responsabilidade civil nas relações de trabalho; como e quando o empregador é responsável pela utilização do e-mail no ambiente do trabalho. O empregador tem o direito de vigiar os acessos pessoais, até onde vai a liberdade do poder de mando do empregador.

Problema- da pesquisa

Ao se estudar esse tema, diversas são as perguntas feitas com o fim de se aprofundar mais e mais acerca do tema. Algumas dessas perguntas são:

- A evolução digital é uma constante em nossa sociedade e diante disso novos conceitos estão sendo formulados. Por um lado se quer a evolução a todo custo e por outro não se admite a idéia de invasão de privacidade. Com isso, questiona-se como balancear evolução digital e o conceito de privacidade?
- Qual o significado de privacidade atualmente?
- O que as pessoas e empresas podem fazer para garantir a segurança jurídica de seus documentos e de seus funcionários?
- Quais as soluções para se evitar um apartheid digital?
- Ao se informatizar os órgãos jurídicos público haverá realmente uma melhora na celeridade

da justiça e na eficiência no atendimento?

- Até que ponto o trabalhador tem liberdade para utilizar os computadores dentro da empresa?
- Como distinguir o mau e o bom uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho?
- O correio eletrônico pessoal pode ser utilizado dentro da empresa?
- E o email profissional pode ser utilizado para receber arquivos de cunho pessoal?
- Até onde as empresas podem interferir sem violar a privacidade do trabalhador e sem abusar de seu poder diretivo?
- Qual é a responsabilidade civil do empregador?
- Diante dessas perguntas, percebe-se a real necessidade de se estudar esse tema tão moderno e atual.

Hipótese da Pesquisa

Ao estudarmos esse tema e lendo sobre pesquisas de quantas pessoas utilizam a internet e o computador tanto nas suas vidas pessoais quanto nas suas vidas profissionais concluímos que a Informatização e o uso da internet e principalmente do correio eletrônico encontram-se assente na sociedade, no campo do Direito e no ambiente do trabalho.

Metodologia da Pesquisa

A pesquisa em direito “acostumou-se”, por longo tempo, ao desenvolvimento de um conhecimento do direito de índole predominantemente regulatória e correspondente à prática jurídica em sociedades não democráticas. Ademais, reproduziu o paradigma cognitivo unidisciplinar, promotor do isolamento e distanciamento do direito em relação à realidade, predominante no ensino jurídico moldado pela tradição jus positivista.

Contudo, em face do estabelecimento de uma cultura democrática pela via constitucional após 1988, bem como diante da realidade multifacetada dos problemas contemporâneos que reclamam uma solução jurídica, a pesquisa jurídica, movida pelos

compromissos de coerência com os fundamentos da nova ordem jurídico-política e de aplicabilidade de seus resultados à práxis concretizadora desse projeto constitucional do Estado Democrático de Direito, deve atualizar-se.

Diante disso, a metodologia recomendada para esse tema moderno e atual é a utilização de pesquisas para levantamento de informações, que poderá ser feita através de questionários, formulários, testes, pesquisas de mercado, entrevistas e dados estatísticos. Porém, não podemos deixar de estudar esse tema sem apresentar a base histórica e contemporânea, bem como livros, revistas e claro a análise de jurisprudências, decisões e doutrinadores que já se manifestaram sobre o referido tema.

Palavras – Chave

Informática, privacidade, direitos, deveres, intimidade, violação, responsabilidade, ambiente do trabalho, correio eletrônico, dignidade da pessoa humana.

Introdução

O assunto escolhido para esta monografia é moderno e atual, uma vez que a informatização das empresas é recente.

O correio eletrônico passou a ser utilizado como forma de melhorar a comunicação dentro da empresa, bem como a agilizar os trabalhos e o envio de informações necessárias para a realização das funções de seus funcionários.

O ambiente de trabalho hoje é visto como um direito do trabalhador que tem direito de trabalhar em um ambiente saudável, moderno e atual, certos imprevistos podem acontecer.

Por passarem em média 1/3 de seus dias nas empresas em que trabalham, é comum que os funcionários utilizem o correio eletrônico como forma de comunicação com outras pessoas, podendo assim, prejudicar a empresa em que trabalham enviando e emitindo mensagens de cunho pessoal.

Dessa forma, o empregador, visando a proteção de sua empresa, acaba por monitorar os e-mails de seus funcionários, cometendo assim, graves violações aos direitos fundamentais do ser humano e aos direitos do trabalhador, em nome de seu poder diretivo.

As mudanças no universo do Direito contemporâneo tem sido constantes. A Revolução cibernética tem exercido acentuada influência nas relações de trabalho ocasionando discussões e incidentes dos mais variados.

Assim, vê-se claramente o quão arriscado é esta política de monitoração de e-mails. Porque a grande verdade, é que o e-mail não é apenas monitorado, mas sim, violado, devassado, bisbilhotado e até divulgado.

Não podemos olvidar do fato de que, na essência, a pretensão dos

provedores e demais pessoas que disponibilizam os serviços de e-mail, de monitorar o mesmo para evitar e coibir a prática de condutas ilícitas seja louvável. No entanto, a grande verdade é que os efeitos negativos são muito maiores do que os positivos.

O "bem público", expressão muitas vezes utilizada para se cometer abusos, para justificar posturas adotadas pelas autoridades públicas, com o pretense intuito de que o estão fazendo para o bem de todos, não pode mais ser invocado para justificar os excessos que são praticados.

Não devassar a correspondência alheia é muito mais do que uma obrigação legal é, acima de tudo, um dever ético. A postura ética no concernente ao e-mail, deve ser mantida a todo custo. Pois, o que está em jogo é a vida íntima, a privacidade das pessoas. E a privacidade de uma pessoa é um território sagrado e inviolável.

Assim, o tema sobre o uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho é polêmico e desafiador que provoca calorosas discussões, pois não se trata somente de discutir os princípios protetivos do empregado versus o poder diretivo do empregador perante o Direito do Trabalho. É necessário definir o novo conceito de "privacidade" no século XXI em inseri-lo no ambiente de trabalho.

1. A REALIDADE VIVA DA INFORMÁTICA

Desde que o mundo é mundo percebe-se a incessante procura pela interação e integração dos diferentes povos existentes no nosso planeta. As diferentes etnias, diferentes línguas e hábitos sempre expressaram curiosidades e a vontade dos povos de se integrarem e aprenderem novas culturas, tradições, técnicas e adquirir novos produtos e mercadorias.

Com isso, a sociedade desenvolveu novos conceitos, novas teorias, novas máquinas, buscando sempre a evolução. Diante dessa busca pela modernidade e pela evolução; pesquisas e descobertas foram feitas.

Descobertas essas, que levaram a sociedade a desenvolver e criar os computadores. Dessa forma, inaugura-se um novo capítulo na história da humanidade: a era da computação.¹

É inegável o fato de vivermos na era da informação e do conhecimento. Nos dias atuais, a tecnologia se tornou o alicerce para todas as atividades das hostes humanas, sejam elas de cunho profissional, ou de cunho cultural.

A informática é a principal ciência que espelha esta transformação. De uma simples pesquisa escolar às mais avançadas técnicas de comunicação, é o computador a ferramenta básica para todas as atividades cotidianas do mundo civilizado. As bibliotecas estão digitalizando seus acervos, os satélites projetam suas ondas de informatização sobre o planeta, e nós, habitantes desta pequena esfera, passamos a integrar uma ilha gigantesca. Porém completamente interligada pela tecnologia.²

Diante disso, a presença cada vez mais constante da informatização nos assuntos relacionados à área jurídica nos cobra um grau de conscientização sobre a importância da tecnologia na era atual.

¹ Áquila, Robson. Informática Objetiva. Fortium editora, 2006.

² Áquila, Robson. Informática Objetiva. Fortium editora, 2006.

Os três pilares da informatização, que são o conhecimento e informação, o uso constante da tecnologia e as conjecturas sobre sua universalização, nos levam à um conceito mais amplo e que na era atual é utilizado como rotineiro por toda a sociedade.

O conceito supracitado é a globalização, que nada mais é que a integração e a aproximação entre as pessoas no mundo todo. E a informatização, com o advento da internet (rede mundial de computadores) permitiu um fluxo de troca de idéias e informações sem critérios na história da humanidade.

Se antes uma pessoa estava limitada a imprensa local, agora ela mesma pode se tornar parte da imprensa e observar as tendências do mundo inteiro, tendo apenas como fator de limitação a barreira lingüística.

Como o Direito foi criado justamente para proteger o bem comum e os direitos e deveres dos cidadãos, este deve estar em constante modificação, sempre evoluindo de acordo com a evolução da sociedade.

Se estamos vivendo na era da revolução digital, o Direito tem como obrigação acompanhar tal evolução e deve ser vista hoje como uma realidade em curso. Porém, sua existência propõe vários desafios, entre os quais o mais evidente é a necessidade de se constituírem mecanismos reguladores para o controle das atividades desenvolvidas nesse meio, que impõe, pelas suas características, mudança de um paradigma repressivo para um paradigma preventivo em nossa legislação. Em outras palavras, a rede não pode ser controlada pela tentativa de proibição de acesso à informação, mas apenas pela maior socialização dos usuários nas formas adequadas e seguras de sua utilização.³

A evolução digital vem ocorrendo no Brasil há duas décadas e o Direito como mecanismo de defesa dos cidadãos está acompanhando esse processo com novas leis e modernizando seus sistemas.⁴

³ Lima, Roberto Kant de. Especialização em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública. Editora Saraiva, 2008.

⁴ Junior, Antônio Umberto de Souza. Revista OAB/DF. Editora, 2009.

Essa evolução tem exercido acentuada influência nas relações de trabalho ocasionando discussões e incidentes dos mais variados.

Diante disso, necessário e imprescindível que os legisladores e os atuantes nas áreas de Direito do trabalho e Processo do Trabalho comecem a construir e criar novas leis, novas doutrinas e solidificar jurisprudência.

O que se espera na realidade, é que se produzam leis, doutrinas e jurisprudências que acompanhem as necessidades da sociedade e que se adaptem às suas exigências.

1.2 - A REALIDADE VIVA DA INFORMÁTICA E O DIREITO DO TRABALHO

A Internet, popularizou-se com uma rapidez espantosa, e a cada momento estão sendo descobertos novos e diferentes meios de como utilizá-la, seja para comércio, comunicação, ferramenta diária de trabalho ou simples entretenimento.⁵

A realidade viva do direito é marcada pelo desenvolvimento histórico da sociedade que o engendra e o determina e por um conjunto de relações sociais que são externas (a ação recíproca entre o direito, isto é, os seus agentes, e a sociedade) e internas (a constituição dos agentes do direito, suas formas de procedimento e conflitos internos, a divisão social do trabalho no seu próprio interior).⁶

Desta feita, o Direito do Trabalho é um importante espaço experimental que deve se ajustar as constantes mudanças da vida humana.

O Direito do trabalho vive um momento de transição, pois ainda é uma das

⁵ Paiva, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2503>>. Acesso em: 13 maio 2010

⁶ Viana, Nildo - Professor da UEG – Universidade Estadual de Goiás e Doutor em Sociologia/UnB. Disponível em <http://www.faculdadeanicuns.edu.br>

ramificações do ordenamento jurídico em que mais se trava decisivas batalhas pela manutenção e progressão da qualidade de vida dos cidadãos e, em especial, das suas relações com o estado.⁷

Segundo Carlos Simões:⁸

O direito do trabalho, como criação imanente do regime de produção sob as leis do capital, inicia então (...) seu curso na direção da negociação das condições de trabalho, sob a teoria do contrato geral das obrigações. Com a generalização da relação de emprego emerge um padrão normativo entre as partes, de início baseado nos costumes. As normas gerais não emergem mecanicamente da estrutura capitalista; ao contrário, constituem-se historicamente, de acordo com a formação social a considerar, especialmente a natureza dos processos de trabalho e o nível de organização dos trabalhadores. Inicia-se com regularização do trabalho de mulheres e menores, o funcionamento dos sindicatos (...) a legislação de acidentes do trabalho e higiene, legislação do trabalho de mineiros, ferroviários e estivadores. Neste sentido a regulamentação do trabalho generaliza-se, inclusive internacionalmente, a partir do Tratado de Versalhes e a organização interna do trabalho, por abstração das particularidades originais e apreensão dos princípios gerais adequados às diversas formações sociais. (Simões, 1979: 169).⁹

Percebe-se que a legislação trabalhista compõe o direito do trabalho e ambos estão constantemente sendo ajustados a partir de novos conflitos e realidades.

A partir disto temos que considerar algumas características da legislação em geral, a saber: a legislação é produto de um determinado contexto da luta de classes (correlação de forças); as leis devem ser adequadas às relações sociais reais, sob pena de se tornarem "leis mortas";

⁷ Viana, Nildo - Professor da UEG – Universidade Estadual de Goiás e Doutor em Sociologia/UnB. Disponível em <http://www.faculdadeanicuns.edu.br>

⁸ Simões, Carlos. Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista. São Paulo, Símbolo, 1979

⁹ Simões, Carlos. Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista. São Paulo, Símbolo, 1979.

não só a existência mas sua aplicação é resultado de um determinado contexto da luta de classes; a legislação possui um caráter inercial e por isso sua alteração é mais lenta do que as transformações sociais.¹⁰

A necessidade de se buscar realizar uma regularização das relações de trabalho surge dos conflitos oriundos na atualidade.

Assim, com essa nova realidade cibernética, o direito do trabalho deve buscar regularizar essas relações a fim de se garantir os direitos fundamentais da sociedade.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê em seu artigo 5º, § 2º, que “ os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados(...)”, o que significa dizer que outros direitos, como o Direito do Trabalho que não estão previstos no Capítulo I do Título II podem assumir o caráter de fundamental.¹¹

Assim, por estar no rol dos direitos fundamentias, que cada vez mais os trabalhadores exigem seus direitos buscando um ambiente de trabalho saudável e moderno.

1.3 - A REALIDADE VIVA DA INFORMÁTICA E O AMBIENTE DE TRABALHO

A nova realidade nas relações do trabalho é que o ambiente do trabalho passou a ser quase que uma extensão das casas dos trabalhadores.

Segundo ANDRADE, “Entende-se que o meio ambiente do trabalho é um conjunto de fatores que interligados estão presentes e envolvem o local de trabalho do indivíduo”. Diante disto, pode-se afirmar que o meio ambiente do trabalho deve ser considerado como bem a ser protegido pelas legislações para que o trabalhador possa usufruir de uma melhor qualidade de vida.

¹⁰ Simões, Carlos. Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista. São Paulo, Símbolo, 1979.

¹¹ Maia, Juliana (org.). Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo. 4 ed. Niterói: Impetus, 2005.

Como ainda explica ANDRADE: “A defesa do meio ambiente incorporou-se definitivamente como uma das principais reivindicações dos movimentos sociais no Brasil e no mundo. Tradicionalmente classificado em quatro espécies distintas, quais sejam, meio ambiente natural, artificial, cultural e laboral”¹²

Na proteção ao meio ambiente prevista na Constituição Federal, insere-se também o meio ambiente do trabalho, pois como afirma FIORILLO: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”¹³

Assim, nada mais natural que passem a utilizar, adequar e melhorar o ambiente de trabalho como se fossem suas próprias residências.

Nessa medida, a exigência de um direito a trabalhar em local adequado, além do simples objetivo da sobrevivência física, vincula-se à idéia de dignidade humana e, conseqüentemente, à valoração do trabalho como forma de realização pessoal.

Na correia do dia a dia, trânsito agitado, meios de transportes ineficazes, grande distância da residência do trabalho, milhares de trabalhadores não possuem o privilégio de almoçarem em suas casas e por isso, fazem suas refeições nesses ambientes, ficando mais de 1/3 dos seus dias dentro do ambiente de trabalho, pois via de regra a jornada de trabalho é de 8 horas diárias.

Assim, após várias lutas e reivindicações por jornadas de trabalhos mais humanas e com pausa de 2 horas para almoço, em pleno século XXI, ainda continua sendo comum e habitual os trabalhadores passarem mais de 10 horas em seus ambientes de trabalho.

Sendo assim, necessário que o local do trabalho seja limpo, organizado, tranquilo possibilitando assim um maior desenvolvimento psicológico e social.

¹² Andrade, Laura Martins Maia de. Meio ambiente do trabalho e a ação civil publica trabalhista. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, pgs. 143-44.

¹³ Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

Com isso, temos que o direito à um ambiente de trabalho saudável insere-se no rol dos Direitos Humanos Fundamentais objetivando o respeito à dignidade da pessoa humana e figurando ainda como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/1988).¹⁴

Em virtude dessa nova realidade se apresenta sérios desafios para a humanidade. As questões mais do que nunca apresentam-se em nível global, e a solução dos graves problemas que ameaçam a estabilidade do planeta necessitam da construção de um novo modelo de Estado, de sociedade, de economia e do Direito do Trabalho.¹⁵

Evaristo de Moraes ¹⁶traduziu bem esta ideia ao escrever:

Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade.

Assim, o uso da computação no ambiente do trabalho pode ultrapassar limites estabelecidos, devendo ser o papel do Direito do Trabalho e da Constituição o de estabelecer as margens, os limites desta sociedade trabalhadora, e, embora estes limites sejam cada vez mais largos, eles continuam a existir, como requisito e mesmo, razão de ser do Estado.¹⁷

Por ser uma extensão de suas casas, nada mais comum que os funcionários das empresas, passem a utilizar a internet também para fins pessoais para efetuar pesquisas particulares, acessar sua caixa eletrônica pessoal, entre outras coisas.

¹⁴ Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.642.

¹⁵ Paiva, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2503>>. Acesso em: 13 maio 2010.

¹⁶ Moraes Filho, Evaristo de. O direito ao trabalho, p.674.

¹⁷ Paiva, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2503>>. Acesso em: 13 maio 2010.

Nessa feita, várias questões espelham o interesse imediato de um imenso número de pessoas que utilizam a rede para a prática do lazer e diversão, obter informações, elaboração de consultas, promoção de negócios, instrumento de trabalho indispensável como forma de integrar as comunicações entre os funcionários das empresas, e, infelizmente, também, para a prática dos mais diversos fins como a invasão da privacidade dos usuários chegando inclusive a utilizar -lá para cometer inúmeros tipos penais de crimes.

No diz respeito à regulamentação legal estatal, a celeuma está voltada à descrição e análise dos diversos projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional abordando a matéria, assim como as iniciativas das sociedade de usuários e de provedores, bem como dos ministérios das Comunicações e da Ciência e Tecnologia, que têm procurado normatizar o funcionamento da internet no Brasil com a criação do Comitê Gestor nacional no ano de 1995.¹⁸

Diante disso, percebemos um enorme avanço na esfera dos debates jurídicos que dizem respeito aos efeitos e consequências da informática nas mais diversas áreas do direito, uma vez que claro e evidente está a importância da tecnologia em todos os segmentos da vida humana, já que as máquinas e sua integração está cada vez mais aptas a ligarem as pessoas entre si.

De acordo com o especialista na área Renato Opice Blum¹⁹ temos que:

As relações virtuais e seus efeitos são realidade. A tendência é a substituição gradativa do meio físico pelo virtual ou eletrônico, o que já ocorre e justifica adequação, adaptação e interpretação das normas jurídicas nesse novo ambiente. Na grande maioria dos casos é possível a aplicação das leis já existentes o que gera direitos e deveres que deverão ser exercidos e respeitados.

Sendo assim, a Internet torna-se uma realidade que não pode ser negada, como também não podem ser negadas as facilidades que vem trazendo ao cotidiano dos trabalhadores e empregadores.

¹⁸ Paiva, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2503>>. Acesso em: 13 maio 2010.

¹⁹ Blum, Renato Opice – advogado especialista em crimes de informática

Àqueles que pretendem se utilizar do universo virtual nas suas relações trabalho deve ser garantido um mínimo de segurança nas relações jurídicas que vierem a criar, cabendo ao Direito acompanhar a evolução da genialidade humana a fim possibilitar tal garantia.²⁰

E como não podia deixar de ser, o Direito do Trabalho também está e mercê das máquinas cibernéticas sendo utilizadas pela grande maioria das pessoas e empresas para as mais variadas atividades, muitas vezes sem qualquer espécie de segurança eletrônica.

Este deve se adaptar aos novos tempos marcados pela internet, pois, novas condições de vida, novos os desafios apresentados , novos problemas a enfrentar , com isso é impossível pretender que continue o Direito do Trabalho a desempenhar o mesmo papel, por mais eficiente que outrora se tenha apresentado, continuar com a mesma armadura seria condená-lo a ineficácia²¹

Hoje já é possível conhecer o mundo sem sair de frente do computador e as empresas se adequaram e se adequam a essa nova realidade fornecendo computadores e acesso a internet a quase todos seus funcionários.

Como já foi exaustivamente comentando a informática hoje já faz parte da vida da maior parte das pessoas no planeta e sendo utilizada inclusive como uma poderosa ferramenta de trabalho, uma vez que através dela podemos ter acesso a um número indefinido de informações, sobre uma quantidade de coisas incalculáveis, comunicarmos – nos com outros países, aumentando as relações de trabalho e efetuando novas parcerias, trocar e-mails com o mundo todo, basta ter um computador e acesso a internet.

As empresas, visando uma maior integração e um lucro maior, tornaram a utilização cada vez mais comum e necessária a utilização e a conexão dos computadores com as redes da internet e da intranet cada vez mais comum.

Assim, tanto na esfera privada quanto na esfera pública, as empresas e órgãos buscam integrar seus funcionários.

²⁰ Paiva, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2503>>. Acesso em: 13 maio 2010.

²¹ Paiva, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2503>>. Acesso em: 13 maio 2010.

O processo de integração das comunicações entre os funcionários das empresas consiste em meios para combater conflitos e falhas na comunicação, tanto interna como externa na empresa.²²

O uso do correio eletrônico nas empresas facilita esse processo tornando-o mais ágil e eficaz.

A eficiência e a agilidade da comunicação dentro de uma empresa será bem sucedida quando há toda uma estrutura por trás da empresa em relação ao seu sistema de informação. Sendo assim, o primeiro passo para se estruturar e fortalecer esse sistema é avaliar o fluxo de informações da empresa, a fim de se verificar-se há ou não eficácia na comunicação.²³

A partir daí sistemas integrados são aplicados e o correio eletrônico é a aplicação mais usada na Internet, uma vez que com ele consegue-se melhorar a comunicação, resolver os problemas mais rapidamente, aumentar o faturamento da empresa, trocar as informações com maior frequência, identificar mais claramente a origem das informações, buscando agilidade e aproveitando melhor o tempo.²⁴

Ocorre que o que era para ser apenas vantagem, pode ser um problema. Nem todo mundo sabe respeitar limites e com isso acaba-se deparando com situações constrangedoras e abusivas.

Deixando também, muitas vezes sem monitorar seus funcionários no que concerne a utilização de meios informáticos, portanto aqueles que pretendem utilizar do universo virtual em suas empresas devem munir-se de um mínimo de segurança nas relações jurídicas trabalhistas.

E Como nunca antes, as pessoas estiveram tão próximas, apesar das distâncias, muitas vezes continentais. Para que uma pessoa, aqui no Brasil, se comunique com uma outra no Japão ou Canadá basta apenas um "click".

²² Revista **Consultor Jurídico**, 18 de setembro de 2000 <http://conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1> acessado em 30/06/05

²³ Revista **Consultor Jurídico**, 18 de setembro de 2000 <http://conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1> acessado em 30/06/05

²⁴ Revista **Consultor Jurídico**, 18 de setembro de 2000 <http://conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1> acessado em 30/06/05

O e-mail – correio eletrônico, fez com que as correspondências possam viajar numa velocidade milhões de vezes mais rápida do que a correspondência tradicional. Quando se envia um e-mail, instantaneamente, ele chega a seu destinatário.

Assim, o e-mail, representou uma evolução e um avanço comunicativo sem precedentes. Todavia, paralelamente ao grande benefício representado pelo e-mail, surge um grande problema, cuja solução vem encontrando barreiras intransponíveis.

Problemas tais como a invasão a privacidade dos trabalhadores, fraudes, invasão a segurança das próprias empresas e a responsabilidade civil, administrativa e até penal do empregador.

Assim, necessário uma análise acerca desses problemas gerados devido a grande utilização da internet e do correio eletrônico dentro das empresas.

1.4 - A REALIDADE VIVA DA INFORMÁTICA E O CORREIO ELETRÔNICO

Um das funções natas e vitais do ser humano é a comunicação, sendo assim, trocar, enviar, escrever, mandar mensagens para outros usuários é um dos recursos mais usados da Internet.

A primeira forma de comunicação surgida nas redes de computadores, quando a Internet ainda não existia, foi o e-mail. Claro que ainda não com este nome, mas o princípio da comunicação imitando cartas e correios convencionais sempre esteve presente.

Devido a sua rapidez, praticidade e facilidade de utilização, bem como fácil assimilação, inúmeras pessoas passam a utilizar o correio eletrônico.

A própria história do correio eletrônico é mais antiga que a internet, este começou em 1957 após a Segunda guerra mundial, onde havia uma grande necessidade melhorar

ainda mais as tecnologias nucleares e de viabilizar uma comunicação eficaz em caso de um ataque nuclear.²⁵

Durante muitos anos, o correio eletrônico teve varias formas, mas só em 1977 ele foi apresentado. A partir da década de 70 e 80, o correio eletrônico tem acelerado sua evolução, dando espaços a novos caminhos e objetivos importantes para a humanidade. Desde então, empresas e diversos usuários estão se adequando a esta nova modalidade de comunicação, quebrando as barreiras das distancias no menor tempo possível e melhorando a qualidade de vida e seu trabalho.²⁶

Com a expansão da Internet em escala mundial, o e-mail tornou-se parte importante na comunicação de empresas e pessoas, hoje ele é praticamente indispensável.

O correio eletrônico foi criado justamente para enviar qualquer tipo de mensagem para qualquer usuário, desde que esteja conectado a alguma rede da internet.

A vantagem é que o destinatário não precisa estar conectado à Internet no momento em que a mensagem chega. O texto fica armazenado em uma espécie de caixa postal eletrônica até que o usuário entre de novo na rede. Depois de ler a mensagem, é possível respondê-la imediatamente, imprimi-la ou enviar cópias para outras pessoas.²⁷

O e-mail, de "*eletronic mail*", funciona exatamente como o correio convencional, ou seja, se assemelha as antigas cartas, onde se escrevia mensagens e as enviava por correios.

Tanto a pessoa que encaminha mensagens, quanto o que a recebe possuem caixas postais únicas, como as existentes nas agências do correio convencional, porém a diferença é o tempo de envio das mensagens, que são instantâneas e a praticidade, uma vez que através dele podemos enviar fotos, músicas, vídeos, documentos ou até apresentações comerciais.

²⁵ REGO, Francisco Gaudêncio Torquato do. Comunicação Empresarial/Comunicação Institucional. São Paulo : Summus, 1986. p.13-160.

²⁶ REGO, Francisco Gaudêncio Torquato do. **Comunicação Empresarial/Comunicação Institucional**. São Paulo : Summus, 1986. p.13-160.

²⁷ REGO, Francisco Gaudêncio Torquato do. **Comunicação Empresarial/Comunicação Institucional**. São Paulo : Summus, 1986. p.13-160.

No e-mail cada usuário possui uma senha individual, criadas a partir de números, letras ou caracteres que desejar e por isso não se confunde com um quadro de mensagens públicas, pois somente o usuário com sua senha pessoal poderá ver o que recebeu e escolher apenas para quem irá enviar a mensagem.

No mundo globalizado e cosmopolita de hoje ninguém mais aceita ou até mesmo gosta de esperar no mínimo dois dias para receber uma correspondência.

Como não poderia ser, o e-mail acabou se tornando a ferramenta mais utilizada e mais poderosa da internet, devido a sua capacidade de possibilitar a comunicação instantânea em todos os cantos do mundo todo, entre pessoas separadas por milhares de quilômetros de distância, com um custo relativamente baixo.

Assim, visando a rapidez, praticidade e eficiência para aumentar os lucros e seus contratos comerciais e a qualidade do serviços prestados, as empresas fornecem contas de e-mail para seus funcionários, isso tudo aliada ao custo quase zero.

Porém, pesquisas mostram que nem sempre a agilidade e rendimento esperados são obtidos através dessa ferramenta. Ao contrário, algumas pesquisas apontam queda na produtividade dos funcionários após estes passarem a utilizar o e-mail regularmente. O ponto em questão é justamente a facilidade oferecida pelo e-mail.²⁸

Os estudos indicam que os usuários do sistema de correio eletrônico passam a utiliza-lo para bater papo, troca de cartões, flertes e até para criar correntes de sorte e amizade, novamente imitando aquelas pirâmides que às vezes nos surpreendem em nossas caixas de correio.²⁹

Assim, a tendência das empresas atualmente é a de controlar os abusos com o uso do e-mail, investindo milhões de reais em ferramentas capazes de **monitorar a correspondência** que entra e sai de seus servidores e detectar os e-mails que agridem a política da empresa, normalmente e-mails pornográficos, pedófilos ou os temidos boatos virtuais (hoaxes) que

²⁸ Rodrigo Mendes Delgado. Advogado Autor da obra "O valor do dano moral - como chegar até ele", 2ª edição, Leme: Editora JH Mizuno, 2005.

²⁹ Rodrigo Mendes Delgado. Advogado Autor da obra "O valor do dano moral - como chegar até ele", 2ª edição, Leme: Editora JH Mizuno, 2005

causam prejuízo moral e até financeiro.³⁰

Agindo dessa forma, o administrador de sistemas da empresa se vê obrigado, nas várias situações corriqueiras, a invadir a correspondência alheia e verificar para que está sendo utilizado o e-mail dos funcionários das empresas.

1.5 - A REALIDADE DA INFORMÁTICA E AS ESTATÍSTICAS SOBRE O USO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Segundo texto extraído da Revista " Management", 2000, estudos divulgados nos Estados Unidos da América mostraram que, no ambiente de trabalho os funcionários utilizam a internet para:³¹

- **87% das pessoas usam o correio eletrônico para assuntos que não relacionados ao seu trabalho;**
- 21% dos empregados divertem-se com jogos e piadas;
- 16% planejam viagens;
- 10% mandam dados pessoais e procuram outros empregos;
- 3% conversam (ou namoram) em sites de bate-papo;
- 2% visitam sites pornográficos.

De acordo com o terceiro levantamento sobre ética no local de trabalho, estima-se que 40% dos empregados entrevistados declararam que: **“o monitoramento no local de**

³⁰ Rodrigo Mendes Delgado. Advogado Autor da obra "O valor do dano moral - como chegar até ele", 2ª edição, Leme: Editora JH Mizuno, 2005

³¹ Revista " Management". 2000.

trabalho representa uma seria violação ética”, comparado com somente 39% que disseram o mesmo sobre a vigilância do local de trabalho através de monitores de televisão.

32

A pesquisa de opinião também descobriu que uma porcentagem maior de empregados considera que o monitoramento dos correios de voz ('voice mail') e a inspeção dos vestiários ou áreas de trabalho são mais do que o monitoramento dos correios eletrônicos.

O levantamento entrevistou 436 empregados e 121 integrantes de gerencias de alto escalão. **Somente 39% dos patrões entrevistados reconheceram que o monitoramento dos correio eletrônicos é seriamente antiético. (grifos nossos)**

Além disso, a pesquisa de opinião identificou que 50% dos patrões e 45% dos empregados ressaltaram que utilizar o correio eletrônico pessoal no trabalho também é considerado antiético e 56% dos patrões e 58% dos empregados declararam o mesmo a respeito da navegação na Internet.

Um levantamento similar realizado no ano passado pela revista “American Management Association” determinou que aproximadamente 67% das companhias americanas monitoram eletronicamente seus empregados de alguma forma.

No ano passado 40 (quarenta) empregados da Xerox Corporation, nos Estados Unidos, foram sumariamente demitidos em um mesmo dia, pois estavam visitando sites pornográficos ou esportivos durante o expediente. Os empregados chegaram a passar até 8 (oito) horas por dia em visitas inadequadas a sites da Web.

O mais surpreendente é que os empregados sabiam que estavam sendo vigiados por um programa que registra todos os acessos à Internet de todos os 92.000 empregados da empresa espalhados por todo o mundo.

De acordo com a empresa Scotts Valley, fabricante de programas que

³² Society of Financial Service. 2001.

monitoram o acesso à Internet pelos empregados, perto de US\$1 bilhão de dólares, ou quase 30% do que as empresas gastam em acesso à Internet, foi desperdiçado em visitas a sites recreativos em um ano.

Em uma pesquisa recente, feita entre cerca de 1.200 empregadores pela Vault.com, companhia que publica relatórios sobre questões relacionadas com os locais de trabalho, 54% dos entrevistados declararam ter surpreendido seus empregados paginando sites da Internet que não tinham relação com o trabalho.

Em dezembro de 2001, a empresa "The New York Times" demitiu 23 (vinte e três) empregados por terem distribuído imagens pornográficas por correio eletrônico. As dispensas não foram resultado de monitoramento, e sim da reclamação de um empregado. Segundo uma pesquisa na Inglaterra, o empregado britânico gasta em média 30 (trinta) minutos da sua jornada de trabalho na Internet, sendo metade deste tempo (50%) para ver material pornográfico.

De 191 grandes companhias inglesas, 84% dão aos empregado acesso ilimitado à Internet. O empregado que ganha por ano US\$30 mil dólares dá prejuízos de US\$4 mil ao seu empregador, em tempo de trabalho perdido e uso de linha telefônica para entrar na Internet. A pesquisa mostrou que, embora duas em cada cinco companhias já tiveram problemas sérios devido ao uso impróprio da Internet, os casos que requereram medidas disciplinares chegam apenas a uma quinta parte do total. Entende-se que metade (50%) destas companhias não possuem política de controle de envio de correio eletrônicos para fora do seu recinto.

No Brasil, estima-se que 60% das grandes empresas forneçam para seus empregados algum tipo de e-mail e, como observa uma reportagem, este progresso "não tem sido acompanhado de medidas técnicas, legais ou éticas que garantam a privacidade. Pelo Contrário."

33

Ou, como foi afirmado por um especialista: "a segurança de um arquivo armazenado no seu micro é exatamente a mesma de um carro estacionado numa rua escura - nenhuma. Como os carros, arquivos e mensagens podem ser roubados, interceptados, apenas

³³ **Fonte:**Revista **Consultor Jurídico**, 18 de setembro de 2000<http://conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1> acessado em 30/06/05

abertos, ou completamente alterados."³⁴

E, segundo publicou a Revista Exame "muitas empresas no Brasil, já admitem abertamente que vasculham os e-mails de seus empregados chegando a contratar especialistas em informática para rastrear o conteúdo das mensagens trocadas entre eles".³⁵

O que a empresas alegam é que por serem de sua propriedades os equipamentos eletrônicos utilizados pelos funcionários da empresa, estes só devem ser utilizados para fins profissionais, independentemente de seus funcionários passarem mais de 1/3 de seus dias no ambiente de trabalho.

Sendo assim, podem e devem "bisbilhotar" a correspondência eletrônica de seus funcionários.

Mas se assim for, qual o lugar que os direitos fundamentais estariam ocupando nessa escala hierárquica, uma vez que os direitos à intimidade e a privacidade, bem como o direito a um ambiente de trabalho que lhe proporcione satisfação e bem estar estão nitidamente sendo violados indiscriminadamente?

Como então proteger os funcionários dessas invasões e violações, bem como proteger a empresa de não se ver ligada a e-mails que não combinam ou não condizem com a realidade dela?

Como o empregador pode se proteger de situações dessa natureza? Que regras pode estabelecer em sua empresa sem ofender o princípio de liberdade de expressão e de informação?.

Diante disso, necessário e imprescindível analisar qual a natureza jurídica do correio eletrônico a fim de proteger ambos os lados dessa relação.

³⁴ **Fonte:**Revista **Consultor Jurídico**, 18 de setembro de 2000<http://conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1> acessado em 30/06/05

³⁵ **Fonte:**Revista **Consultor Jurídico**, 18 de setembro de 2000<http://conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1> acessado em 30/06/05

1. 6 – A REALIDADE DA INFORMÁTICA E A NATUREZA JURÍDICA DO CORREIO ELETRÔNICO

Por ser matéria extremamente nova e moderna, não há ainda uma lei que especifique sobre o conceito e natureza jurídica do correio eletrônico.

Assim, surgem os seguintes questionamentos:

- o correio eletrônico deve ser interpretado como correspondência (carta – documento enviado via correios)?
- Se sim, correspondência aberta (pois depois de baixadas, todas as mensagens podem ser vistas quantas vezes forem necessárias, sem o fornecimento de qualquer outra informação ou senha que identifique o leitor) ou fechada ao acesso do público (por possuir senha pessoal)?
- Comercial (pois levam o nome do órgão ou empresa em seu nome e por isso a empresa poderia adotar o mesmo procedimento aplicado em relação às cartas comerciais abrindo-las, uma vez que trata-se de documento comercial da empresa, que não enseja expectativa de privacidade e intimidade.) ou pessoal (só que recebe pode abrir)?
- Seria uma conversa telefônica, uma vez que utiliza a rede telefônica?
- Seria um conjunto de dados ou símbolos?

Diante dessa série de questionamentos, o ordenamento jurídico brasileiro passou a analisar a matéria e desenvolver debates calorosos acerca do tema, uma vez que flata legislação no que cinge a internet no Brasil.

Por ser o correio eletrônico capaz de transferir mensagens para outras pessoas de qualquer lugar do mundo, basta um computador, a conexão com a internet e a senha pessoal, a segurança e a privacidade das correspondências voltaram a ser debatidas.

Se a correspondência encaminhada via correio eletrônico for considerada e equiparada às correspondências tradicionais, essas também deverão ser protegidas pela Constituição Federal de acordo com o artigo 5º, inciso XII e de acordo com a Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996.

Art. 5º, XII - “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que o inciso XII do art. 5º do referido diploma legal, vem suscitando controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias quanto à interpretação do mesmo.

Ocorre que a conjunção aditiva “e” permite dupla interpretação, podendo ser aplicada não só as comunicações telefônicas como também para conjunto de dados.

De acordo com o artigo 1º da Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, temos que:

Art. 1º: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Melo, já em 1992, na Questão de Ordem da Petição 577, havia tido idêntica interpretação do inciso supracitado.³⁶

³⁶ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

O Ministro Luiz Vicente Cernichairo, do Superior Tribunal de Justiça adverte que: 'a Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996, regulamenta o inciso XII, parte final do art. 5o. da Constituição Federal - trata da interceptação de comunicações telefônicas, aplicando-se também ao fluxo de comunicações em sistemas de telemática. O legislador mostrou-se cauteloso. Adotou o sistema da verificação prévia, ou seja, nenhuma interceptação será lícita, se o Juiz não autorizá-la'³⁷.

Assim, mais um debate foi bravamente travado, uma vez que a doutrina entende que: “ a comunicação de dados pode ser interceptada da mesma forma que as comunicações telefônicas, porque ambas possuem uma característica em comum: a instantaneidade, ou seja, consumadas as mesmas, nada sobra que possa ser retido como instrumento de prova de um ilícito penal, como ocorre com a correspondência e o telégrafo, hipóteses que permitem a apreensão de objetos tangíveis, quais sejam, a carta e o telegrama, suscetíveis de propiciarem uma investigação eficaz. Assim, um delito pode ser planejado, executado, bem sucedido e até comemorado no ciberespaço, sem que qualquer informação fique inexorável e indelevelmente arquivada em qualquer lugar, podendo prejudicar a produção de provas contra os executores desse delito”.³⁸

Assim, o parágrafo único abrangeu a comunicação de dados para se evitar que criminosos ficassem soltos por não haver legislação que disponha sobre o assunto.

Independentemente de ser ou não inconstitucional, para cogitar-se a quebra de sigilo de comunicação, cinco requisitos precisam ser atendidos: a instantaneidade da mesma; a existência de fortes indícios da autoria ou participação em infração penal; a ordem judicial competente; o procedimento plenamente vinculado (à Lei nº 9.296/96) e o fim legítimo (impossibilidade da prova ser feita por outros meios disponíveis).

Sobre o caráter de ser ou não o correio eletrônico uma correspondência fechada, além dos argumentos iniciais acerca da questão da senha e da característica eminentemente aberta deste recurso que a Internet nos proporciona (o que leva algumas pessoas a considerar o

³⁷ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

³⁸ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

correio eletrônico mais um cartão postal do que uma carta), salienta-se que o correio eletrônico não está entre os objetos descritos na Lei nº 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais e em seu artigo 7º, parágrafo 1º relaciona o que é passível de ser chamado de objetos de correspondência, entre os quais temos apenas carta, cartão-postal, impresso, cecograma e a pequena-encomenda.³⁹

Vale dizer ainda que a definição de carta nesta mesma lei, em seu artigo 47, diz expressamente: “ser este objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial ou qualquer outra que contenha informação de interesse específico do destinatário”.

Além disso, de acordo com a Constituição Federal (art. 21, inc. X) e com o artigo 2º da mencionada Lei, os serviços de correio são aqueles explorados em caráter exclusivo pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

A Lei e Constituição, portanto, impedem que servidores prestem serviço postal e de telegrama. Por esse motivo, parece razoável afirmar que tais prestadores de serviços não desenvolvem atividade que, pelo ordenamento legal, é reservada ao Estado e que, portanto, os correio eletrônicos não se confundem com a definição de carta e telegrama tratada na Lei.⁴⁰

Durante um congresso de Direito Eletrônico na cidade de São Paulo em 2000, o Ministro Nelson Jobim comentou **a tendência do STF considerar a violação do correio eletrônico não como violação de correspondência (inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal), mas da privacidade (inciso X do mesmo artigo), mostrando a tendência de não se equiparar o correio eletrônico a carta em nosso sistema legal.**⁴¹

³⁹ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

⁴⁰ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

⁴¹ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

2 - PRIVACIDADE

A evolução digital é uma constante em nossa sociedade e diante disso novos conceitos estão sendo formulados. Por um lado se quer a evolução a todo custo e por outro não se admite a ideia de invasão de privacidade.

Dessa forma, necessário e imprescindível um estudo sobre a evolução da privacidade até os dias atuais e assim conceituar a privacidade nos dias atuais.

O Conceito de privacidade e de intimidade vem se construindo através dos tempos. À princípio estes termos se confundiam. O que existia era uma diferenciação entre a esfera privada e a pública. Esta diferença era evidente na sociedade Greco-romana, onde a esfera pública era determinada pela participação política dos cidadãos.⁴²

Os assuntos relativos aos modos de sobrevivência e necessidades básicas de cada indivíduo eram da esfera privada (não deveriam ser do conhecimento dos demais cidadãos da Polis).

Observa-se que o Direito Civil Romano é responsável pela primeira construção do conceito de personalidade, de suma importância para os Direitos do Homem, ao qual integram a intimidade e a privacidade.⁴³

O termo “persona” que designava a máscara sob a qual o ator representava o seu papel, passou a abranger a posição do cidadão romano na vida jurídica, como sujeito de direitos e obrigações. Esses direitos são os direitos da personalidade.⁴⁴

Posteriormente, com a consolidação das sociedades feudais, a Idade Média

⁴² Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

⁴³ Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

⁴⁴ Dotti, René Ariel (1980)

marca um crescimento da necessidade da vida privada, posto que o senhor feudal muitas vezes tolhia a liberdade e a privacidade dos servos. Em contra-partida, a esfera privada cresceu em importância na medida em que a religiosidade e as crenças da época levam os indivíduos a passar mais tempo no ambiente doméstico e com a família. Neste período, a esfera pública perdeu espaço. O senhor feudal reunia a autoridade pública, a quem os vassallos deviam respeitar e atender.

Nos séculos XVI, XVII, XVIII, o movimento humanista que se desenvolveu, principalmente pela contribuição dos grandes filósofos e pensadores políticos se deu por intermédio das teorias do Direito Natural.

O filósofo Rousseau foi quem mais inspirou e influenciou a declaração francesa de 1789, ambicionando a construção de uma sociedade onde os homens pudessem ser livres tal como no estado de natureza. Sob a influência do liberalismo é então votada a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão. Agora os direitos do Homem, são inalienáveis e reconhecidos como os direitos naturais. Estes direitos são: a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.⁴⁵

Os direitos do cidadão já encontram-se ligados ao estado de sociedade, que são o direito ao voto, direito ao respeito de legalidade entre outros. A família também exerce influência no desenvolvimento do direito à intimidade e à privacidade. Neste período, estar com a família e desejar estar distante do mundo público passa a ser visto como um direito e não mais como um privilégio como na sociedade feudal.⁴⁶

No mundo contemporâneo, podemos dizer que em quase todas as declarações de direitos e constituições figuram princípios liberais de 1789.

Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas organiza um documento que leva o nome de Declaração Universal dos Direitos do Homem, visando proteger os direitos e liberdades além das fronteiras físicas dos Estados. O artigo 12 deste Documento trata especificamente de garantir a vida privada:

⁴⁵ Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

⁴⁶ Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

Artigo XII – “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.⁴⁷

A importância de tais direitos cresce na medida em que a autonomia da vida privada é ameaçada pelas novas modalidades de invasão científica e tecnológica. A intimidade e a privacidade ganham status de grande importância em razão da valorização e comercialização de dados pessoais, que devem ser protegidos da ação da cultura de massas, ações de caráter totalitário por parte dos Estados, uso nocivo dos meios tecnológicos e outros.

Usualmente os conceitos de intimidade e de vida privada se confundiam, porém, tão confusão não merce prosperar, uma vez que a diferença reside no fato de a intimidade pertencer a um círculo mais restrito dos que o direito à vida privada.

A INTIMIDADE caracteriza-se como “a esfera secreta do indivíduo na qual ele tem o poder legal de evitar os demais”.⁴⁸

É o poder que a pessoa tem de literalmente ficar sozinho, “entre quatro paredes”, sem se comunicar com ninguém, se não quiser.

É o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros. O atributo básico é o estar só. Identifica-se no diário íntimo, no segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.⁴⁹

⁴⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem artigo 12.

⁴⁸ Carbonnier, Jean em Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

⁴⁹ Carbonnier, Jean em Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

Já a VIDA PRIVADA diz respeito às situações de opção pessoal, mas que podem ser limitados e solicitados por terceiros.⁵⁰

Também abrange aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público (como a escolha do regime de bens no casamento, valor do salário, contas bancárias, correspondências).

É a opção pessoal de não comentarmos de nossas vidas, de não dizer certas coisas, de não se expor.

O Dicionário Americano de Etimologia (2004)⁵¹ define “privacidade” como “o estado de liberdade desassociado de qualquer intrusão”.

Sendo assim, este direito pressupõe:

- Estar livre de monitoramentos de rotina realizados por meio de outros veículos de comunicação ou organizações;
- Manter suas informações pessoais sob seu controle e acesso;
- O cliente deve ser atendido como consumidor e cidadão. Privacidade condiz com a confiança depositada nos serviços da empresa que, por sua vez, não deverão veicular informações de modo incoerente com as expectativas dos clientes. Isto também significa que, estes dados pessoais não serão compartilhados com terceiros, com o intuito de fazer telemarketing ou mala-direta;
- O Direito de permanecer anônimo sem identificação. Embora, usualmente esta exigência não seja necessária ou requerida, existem situações em que será necessária (como por exemplo, for caso de informar um crime);

⁵⁰ Dotti, René Ariel (1980) em Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

⁵¹ American Heritage of the Dictionary of English Language 4th edition. (2000): Boston. Houghton Mifflin.

- Viver sem vigilância, investigação sistemática ou monitoramento das ações individuais ou coletivas;
- Fixar limites para intrusão em ambientes doméstico, do trabalho e do espaço público; e
- Determinar o destino dos fatos privados, o que inclui o direito de decidir acerca da possibilidade e das condições de publicação destes fatos;

Não obstante o exposto acima, o direito de privacidade não é absoluto, assim como não está presente em determinados casos. Afinal, este direito pode estar em conflito com outros interesses, seja de outras pessoas, comunidades ou organizações empresariais.

Na era da sociedade da informação, a coleta de dados vem sendo uma prática cada vez mais rotineira para fins de marketing, publicidade direcionada e vigilância.

Na busca por estas informações cometem-se os principais abusos em relação à intimidade e à privacidade.

Na Internet por exemplo é comum a venda de banco de dados de endereços eletrônicos pessoais (e-mails), para as empresas realizarem “spams” (mensagem comercial não solicitada). O abuso evidencia-se porque o indivíduo arca com custos da conexão para receber uma propaganda que ele não solicitou.⁵²

A tecnologia está tornando nossa vida íntima cada vez mais vulnerável. É necessário que as pessoas tenham pelo menos a consciência e a liberdade de escolher sobre o destino dos seus dados pessoais.

Comum atualmente, nas empresas, é a invasão de privacidade impostas aos funcionários, uma vez que admitem monitorar os correios eletrônicos dos trabalhadores.

A invasão de privacidade e a violação a um dos direitos fundamentais do ser

⁵² Azuma, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>

humano parecem não ter valor, diante da tese de que a empresa deve monitorar o correio eletrônico de seus funcionários a fim de se evitar o envio de mensagens que não condizem com a empresa ou que possam afetar a reputação da empresa.

Abusos cometidos e amplamente divulgados, uma vez que a maior parte das empresas brasileiras admitem que monitoram o correio eletrônico de seus funcionários.

A ideia não é aceitar que os funcionários tenham livre acesso e utilização do computador no ambiente de trabalho para fazer o que desejar, tratar de assuntos particulares ou alheios ao serviço; a ideia é que o empregador ou a empresa tenham o direito (licitamente) de rastrear os sites visitados pelos funcionários por meio de programas próprios para isso, desde que o direito à privacidade no correio eletrônico não seja violado.

Assim, temos o acórdão do TRT da 3ª região – SP, que prevê:⁵³

PROCESSO Nº: 01234.2002.311.02.00-1 6ª TURMA

RECORRENTE: MARCOS RAMOS

RECORRIDA: BRASIF DUTY FREE SHOP

01ª VARA DO TRABALHO DE GUARULHOS

EMENTA: REVISTA PESSOAL. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. RESPEITO À EMINENTE DIGNIDADE HUMANA.

(...)

"a inserção do empregado no seu ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie".

Nossa carta Magna, em seu capítulo II, artigo 5º, define a privacidade como um dos direitos fundamentais:

Art. 5º, 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";

⁵³ TRT/SP – 3ª região -PROCESSO Nº: 01234.2002.311.02.00-1 6ª TURMA

E, segundo o jurista espanhol Albadaejo " a privacidade vem a ser o poder concebido à uma pessoa sobre o conjunto de atividades que formam o seu círculo íntimo, o que lhe permite excluir todos os estranhos, e impedir uma publicidade não desejada pelo interessado."⁵⁴

Dessa feita, a Constituição Federal de 1988 ao classificar o direito a privacidade e a intimidade como um direito fundamental do ser humano protege o cidadão contra qualquer tipo de violação de terceiros e de publicidade que não queira ao receber uma mensagem.

De acordo com João Lima Teixeira Filho, ao tratar do tema "o dano moral no direito do trabalho": "pode-se dizer que intimidade é tudo quanto se passa entre quatro paredes, reservadamente para a própria pessoa, e compreende tanto o ambiente domiciliar quanto o local de trabalho. O ato patronal que invade esses recantos e propaga fatos ou ações antes de domínio restrito, sem o consentimento do trabalhador, ou mesmo versão distorcida do ocorrido, constitui, em princípio, lesão configuradora do dano moral".⁵⁵

E quais seriam as alternativas para os empregados que tivessem sua intimidade e sua privacidade violadas?

Requer rescisão indireta do contrato de trabalho e requerer uma reparação por danos morais, impondo ao empregador que intercepta os e-mails destinados a seus empregados a um processo criminal e a pagar uma indenização correspondente aos danos morais decorrentes da violação da intimidade.

Mas a regra da inviolabilidade não é absoluta, podendo comportar exceções, uma vez que a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo capitalista quando previu o princípio da proteção da propriedade privada.

⁵⁴ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

⁵⁵ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

2.1 - O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E O DIREITO À PRIVACIDADE

Assim, o empregador tem legítimo direito de regular o uso dos bens da empresa.

Segundo a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 2º temos que:

Art. 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Expresso claramente o poder diretivo do empregador para poder dirigir a prestação pessoal de serviço, ou seja, o empregador tem o poder dever de dirigir, monitorar, cobrar e fiscalizar os serviços prestados por seus funcionários contratados.

O poder diretivo do empregador é um poder hierárquico que deve ser utilizado com cautela, uma vez que mesmo podendo regulamentar a atividade profissional dos funcionários, não possui o direito de entrar indevidamente na vida pessoal de seus funcionários.

A origem do conceito jurídico de intimidade é norte-americano. Em 1873, o juiz Thomas A. Cooley, em sua obra 'The Elements of Torts', o definiu como 'the right to be let alone', ou seja, o direito a ser deixado em paz, ou de ser deixado só”.⁵⁶

Claro que com a informatização da empresa, os empregadores querem evoluir visando o lucros e por isso, no âmbito laboral coexistem 2 (duas) tendências:

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

⁵⁶ Calvo, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 22 nov. 2010

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

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

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

O Dr. Carlos Roberto Fornes Mateucci afirma que quando o empregador coloca um computador ao dispor do empregado, o faz para uso diretamente ligado as atividades do seu negócio, esteja ele conectado na rede ou não.⁵⁷

A empresa tem o direito de através de seu departamento técnico criar nomes de usuário e senha de acesso para cada empregado, estabelecer direitos e privilégios destes na rede e efetuar, sem prévio aviso, a mudança nestes nomes, senhas e/ou privilégios.

O poder de organização permite que o empregador expeça regras para o andamento dos serviços na empresa. Estas normas, podem ser positivas ou negativas, gerais ou específicas, diretas ou delegadas, verbais ou escritas.⁵⁸

Nas grandes empresas o poder de organização também se manifesta através da imposição unilateral de um conjunto de normas estruturais chamado Regulamento Interno de Trabalho, cujo teor obriga tanto a comunidade de trabalho como o empregador.⁵⁹ Há alguns que argumentam que não há privacidade do empregado no ambiente do trabalho. Tal afirmação não pode ser convalidada, pois é demasiadamente extremista. O empregado tem interesse legítimo de ter respeitada a sua privacidade e sua intimidade dentro dos limites impostos pelo empregador.

⁵⁷ Matteucci, Carlos Roberto Fornes. Privacidade Funcional: sigilo de e-mail no ambiente de trabalho é relativo. Artigo da internet.

⁵⁸ CALVO, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>. Acesso em: 22 nov. 2010

⁵⁹ CALVO, Adriana Carrera. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>. Acesso em: 22 nov. 2010

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

Nesse sentido recomenda-se a procura um especialista na área da informática-jurídica antes de aventurar qualquer negócio, transação ou a simplesmente criação de uma *home-page* doméstica para venda de produtos ou serviços por meio de seus empregados, como vistas a evitar problemas sérios no Judiciário Trabalhista como a utilização de e-mail's da empresa por parte do empregado no sentido de revelar segredo profissional, difamar a empresa, realizar transações irregulares ou enviar mensagens falsas, que podem gerar indenizações elevadas por danos morais e patrimoniais a empresa ou a terceiros.

A prática aconselhável está diretamente ligada ao controle parcial do tráfego de informações e da conscientização dos usuários. Esta estratégia pode se converter em diversas ações que, juntas, trarão mais segurança à empresa, como:⁶⁰

- Termo de Sigilo assinado pelo funcionário, comprometendo-o a somente utilizar os recursos a ele disponibilizados para o exercício da sua atividade, com pena de multa e/ou demissão por descumprimento;
- Seminários de conscientização que esclareçam a importância do uso correto da tecnologia no ambiente de trabalho e o impacto que o mau uso pode acarretar à empresa;
- Software de controle do uso da Internet nas estações de trabalho, atuando como Firewall Pessoal, protegendo as máquinas e, ao mesmo tempo, coletando dados que irão subsidiar a auditoria;
- Monitoramento generalizado e impessoal dos acessos aos recursos da rede corporativa e da própria Internet, gerando estatísticas de utilização veiculadas em uma campanha de divulgação interna;

⁶⁰ Marcos Sêmola é MBA em Tecnologia Aplicada e Consultor de Segurança da Módulo Security Solutions S.A

- Regras e critérios técnicos de uso, como: o volume máximo permitido para o tráfego de informações por e-mail, a inibição de acesso a determinados serviços da rede/Internet e ou endereços Web;
- Política de Segurança personalizada, com diretrizes, normas, procedimentos e instruções que norteiem os usuários quanto ao uso da infra-estrutura tecnológica.

Todas essas ações são ótimos exemplos para iniciar o controle e potencializar o uso dos recursos de informática, sem pôr em risco as valiosas informações que sustentam o negócio, sem esquecer de garantir o direito do principal bem das empresas modernas: o capital intelectual. E o mais importante: sem a abusiva e arbitrária violação do direito à intimidade e à privacidade dos funcionários.

2.3 - O CONTROLE É LÍCITO?

Em face de tudo o que foi exposto, seria lícito o controle do correio eletrônico de forma a chegar até que assinar uma declaração na qual se declara ciente, e de acordo, de que seus telefonemas e sua correspondência - em papel, ou por meio eletrônico - possam ser devassadas pela empresa, sem aviso prévio?

A meu ver, poderá ser monitorado o correio eletrônico do funcionário somente em casos excepcionais, e devidamente motivados pelo empregador.

Há áreas cujo o controle das correspondências e dos telefonemas é lícita e viável, inclusive visando a proteção do empregado, como em bancos, bolsa de valores, telemarketing, uma vez que o ser humano é passível de cometer erros.

Assim, como a revista íntima dos funcionários deve estar expressamente prevista em convenção coletiva, o correio eletrônico também deve estar expressamente previsto

quando e o motivo que poderá ser monitorado pelo administrador da empresa. Mas mesmo neste caso, seu uso deve ser restrito a determinadas áreas, não sendo válida a cláusula que estabelece a possibilidade irrestrita de o empregador ter acesso aos telefonemas, ou correspondências de todos seus empregados.⁶¹

Se caracterizado que seu intuito é submeter o empregado a situação vexatória ou constrangedora, o monitoramento do correio eletrônico deverá tornar-se ilícita, e gerando o direito à indenização por danos morais, pois "o poder potestativo deve ficar restrito ao necessário, respeitando a dignidade e intimidade do trabalhador, a qual deve prevalecer sobre o excesso de zelo com o patrimônio."⁶²

Mas não resta dúvida de que, em casos excepcionais envolvendo suspeita de fraude por empregados, a interceptação pode e deve ser utilizada, atendidos os requisitos legais para a quebra de sigilo.

Com efeito, a Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, X, ser inviolável a intimidade e a honra das pessoas. É cediço que qualquer espécie de violação que atinja a intimidade do empregado (homem ou mulher) pode ser considerada abusiva e arbitrária.

Fere, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, cuja ofensa deve ser imediatamente rechaçada pelo Poder Judiciário.

Diante disso, percebe-se ser lamentável a pretensão das empresas, procurando escudar-se em normas absolutamente questionáveis, frontalmente violando direitos fundamentais da pessoa humana, e da Constituição da República, em seu artigo 1º, incisos III e IV, verbis:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁶¹ Sylvia Kierkegaard - Panóptica, ano 1, n. 8, maio – junho 2007

⁶² Sylvia Kierkegaard - Panóptica, ano 1, n. 8, maio – junho 2007

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Para Alexandre de Moraes ⁶³:

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”

Nelson Nery ⁶⁴ doutrina que:

“É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.”

O princípio da dignidade humana invocado pela defesa se presta a defesa da constituição de uma sociedade justa e igualitária. Neste sentido cumpre referir à definição de Mauricio Godinho Delgado e do preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

“(…) através do princípio da dignidade da pessoa humana a Constituição pretendeu instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento a igualdade e

⁶³ Moraes, Alexandre de, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A-2005, página .128.

⁶⁴ Nery Júnior, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)"

Neste sentido é notório que o princípio da dignidade da pessoa humana é vinculado a tratamentos desumanos, degradantes, violações de cunho íntimo, da vida privada, honra e imagem das pessoas, sendo assegurada a indenização pelos danos decorrentes de condutas as quais ferem tais esferas pessoais.

O Ministro Celso de Mello, em decisão ao HC 85988-PA / STJ – 10.06.2005, defende ser a “dignidade humana o princípio central de nosso ordenamento jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, além de base para a fundamentação da ordem republicana e democrática. Por fim, a importância do princípio em estudo é extrema, haja vista sua incidência em qualquer área do direito, ou seja, sua amplitude. Há ainda a questão cultural, pois, obviamente que, sendo tal princípio de amplitude geral, incide também em normas internacionais, portanto, é necessária a observância dos costumes para sua alegação”.

Importante salientar é que um dos elementos do contrato de trabalho é a confiança não sendo normal e nem razoável a empresa contratar algum funcionário que não confia e que tenha dúvida em relação ao caráter de seu funcionário.

Assim, não pode ser aceita nenhuma manifestação de dúvida, aproveitando o empregador, na hora da contratação – em que o candidato se encontra vulnerável, se exija assinatura de termo em que aceita ter seu correio eletrônico monitorado em face dos direitos da personalidade e da proteção à intimidade das comunicações.

O direito ao patrimônio do empregador é defendido pela lei e não pode ser utilizado para ferir a intimidade do empregado.

O que se defende aqui é a razoabilidade e a proporcionalidade que devem ser utilizadas nesses casos.

Ferindo esse princípio constitucional também se fere o princípio do devido processo legal uma vez que:

“O devido processo legal, o *due process of law* (CF, Art. 5º, LIV), não podem ter como fundamento uma ilegalidade, também inconstitucional, o que contraria o princípio constitucional da razoabilidade, a ser observada tanto pelas leis como pelos atos de que resulta sua aplicação, conforme leciona Alexandre de Moraes: “Possibilidade de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo incompatível com o princípio da razoabilidade, em virtude de flagrante desrespeito ao art. 5º, LIV, da Constituição federal: “ A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que transgride o princípio do devido processo legal (CF, art.5º LIV), analisando este na perspectiva de sua projeção material a regra legal que veicula em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law*. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais”. (STF – Pleno – Adin nº 1755-5/DF – Medida liminar – rel. Min. Celso de Mello – presidente, Diário da Justiça, seção I, 04/02/1988, capa).

Essa inobservância do princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade viola frontalmente nossa Carta Magna devendo ser repudiada, **uma vez que não deve ser violado a privacidade nem a dignidade do empregado.**

Toda a Constituição Federal busca a grandeza nacional. E é exatamente disso que aqui se trata, de uma opção entre a grandeza e a mesquinha representada esta por procedimento ilegal e inconstitucional.

Robert Alexy ⁶⁵assevera que os direitos trabalhistas integrantes dos direitos sociais em nossa carta política assumem clara identidade de direitos fundamentais. Tal natureza é facilmente constatável na lei maior, quando o capítulo II, relativo aos direitos sociais, se encontra inserido no título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Apenas esclarece o referido jurista que, ao invés de serem concedidos na forma de uma ação positiva do Estado, são direitos fundamentais que visam a uma redistribuição direta da renda à custa dos empregadores.

A nossa legislação admite também a incidência dos princípios gerais ou fundamentais de direito do trabalho como fonte formal de aplicação do Direito do Trabalho, conforme se constata da disposição contida no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para Valentin Carrion⁶⁶, os princípios fundamentais de Direito do Trabalho são os que norteiam e propiciam a sua existência, tendo como pressuposto a constatação da desigualdade das partes, no momento do contrato de trabalho e durante seu desenvolvimento.

Dentre esses princípios devemos destacar o princípio da proteção que no âmbito do Direito do trabalho, não reflete quebra da isonomia dos contratantes, mas, traduz-se, em perfeita aplicação da igualdade substancial das partes, já que não basta a igualdade jurídica para assegurar a paridade das partes, seja nas relações de direito material seja nas relações de direito processual.

Verificado que o fundamento da existência do princípio da proteção é a

⁶⁵ Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Trad. para o castelhano de Ernesto Garzón Valdes. Madrid. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1993. P.381.

⁶⁶ Carrion, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

efetiva igualdade das partes, ainda que para isso seja necessária a criação de normas protetivas a uma das partes, torna-se necessário verificar a forma de aplicação prática de tal princípio. O referido princípio desdobra-se em três regras:

- a) in dubio pro operario;
- b) norma mais favorável;
- c) condição mais benéfica.

A regra do in dubio pro operário aconselha o intérprete a escolher, entre duas ou mais interpretações viáveis, a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria probatória.

Enfatizando a concepção segundo a qual o legislador deve estabelecer um favorecimento àquele que visa proteger, Cesarino Júnior ⁶⁷afirmou que:

“Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador”.

Já a regra da norma mais favorável resume-se em que havendo uma pluralidade de normas aplicáveis a uma relação de trabalho, há de se optar pela que seja mais favorável ao trabalhador. Neste sentido, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador.

Em tese, não deveria existir o problema para o julgador de verificar qual seria a norma mais favorável para a sua aplicação in concreto, ante à existência de hierarquia de leis, já que bastaria a aplicação da norma hierarquicamente de grau superior. Entretanto, em face da existência dessa regra, pode-se dizer que formalmente não existe uma hierarquia das leis, já que no âmbito do Direito do Trabalho as normas jurídicas conferem um mínimo ao empregado, sendo que será perfeitamente lícito às partes pactuarem cláusulas mais benéficas ao empregado, serão essas, pois, as normas aplicáveis à relação de emprego.

⁶⁷ Cesarino Júnior, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A : teoria geral do direito social, direito contratual de trabalho, direito protecionista do trabalho. 2.ed. São Paulo: Ltr, 1993.

E por fim há a regra da condição mais benéfica que determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis.

Para Odonel Urbano Gonçalves⁶⁸, a regra da condição mais benéfica possui a sua base no direito adquirido, garantia insculpida no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. Conforme o entendimento do autor, a lei não pode tirar do trabalhador condições e benefícios já concedidos e adquiridos, exatamente por ser o trabalhador a parte hipossuficiente da relação de trabalho. Do contrário, o trabalhador não teria nenhuma segurança em sua vida cotidiana.

Segundo Plá Rodrigues⁶⁹, a regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável.

Conforme já mencionado, a aplicação da regra exige como pressuposto a existência de uma situação concreta, sendo que essa situação pode ser resultar de lei, convenção ou acordo coletivo, sentença normativa, contrato individual de trabalho e, até mesmo, regulamento de empresa. Basta o reconhecimento de uma situação concreta mais benéfica ao empregado.

Cumprir referir, ainda, o princípio da proporcionalidade (*lato sensu*) o qual se divide em três princípios: princípio da adequação; princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade (*sentido estrito*).

Quanto ao princípio da adequação, pode-se afirmar que um meio – limitação de um direito fundamental – se mostrará adequado na medida em que a sua utilização contribua para o alcance da finalidade da proposta. O princípio da adequação significa que se deve indicar se determinada medida constitui o meio certo (adequado) para se chegar a um fim baseado no interesse público. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim.

⁶⁸ GONÇALES, Odonel Urbano. *Direito do trabalho para concursos*. São Paulo: Atlas, 2000.

⁶⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

Em relação ao princípio da necessidade, não se deve esquecer que ao tomar a decisão de limitar o direito, há de se escolher a alternativa menos gravosa, sempre que seja igual, em eficácia, às medidas apropriadas remanescentes. Constitui o princípio da escolha do meio mais suave e menos oneroso ao cidadão.

Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma-se que, para que seja possível uma intervenção legítima no âmbito dos direitos fundamentais, o grau de realização do objetivo da ingerência deve pelo menos ser equivalente ao grau de afetação do direito fundamental. É o sub-princípio, no dizer de Canotilho, da "justa medida".

Jorge Miranda sustenta que a "racionalidade" ou proporcionalidade *stricto sensu*, significa que a providência não pode ficar aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos. Esse princípio (da proporcionalidade) se converteu em princípio constitucional, assinalando, o mestre Paulo Bonavides, que o controle de proporcionalidade é expressão do controle de constitucionalidade.

Não há dúvidas de que há princípios constitucionais que legitimam a fiscalização do correio eletrônico do empregado, em razão da defesa do patrimônio do empregador, como o direito de propriedade (Art. 5º, XXII, CF) e de proteção a criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (o inciso XXIX do mesmo Art. 5º), além da responsabilidade do empregador quanto à redução dos riscos inerentes ao trabalho, em observância às normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII do Art. 7º), porém, o que não se pode tolerar e nem se admitir é uma invasão de privacidade em nome de uma busca pela segurança da empresa e em nome do poder diretivo do empregador.

2.4 - A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou um “Código de Práticas sobre a Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores” que tem por intenção orientar sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores.⁷⁰

Ao contrário de outros instrumentos da OIT, como as Convenções, que legalmente são tratados internacionais, e as Recomendações, que não obrigam, mas que possuem obrigações procedimentais, o código é uma proposta bastante flexível que fornece instruções. As cláusulas de maior destaque do Código (parágrafos 5-11) são as seguintes:

- As informações pessoais devem ser utilizadas de forma lícita e transparente; exclusivamente em relação ao emprego do trabalhador e para os fins a que foram originariamente coletadas;
- Os empregadores não devem coletar informações pessoais íntimas;
- Os trabalhadores devem ser informados com antecedência sobre qualquer monitoramento avançado e qualquer informação colhida por tal monitoramento não deve ser considerada o único meio de avaliar o seu rendimento;
- Os empregadores devem manter seguras as informações pessoais de seus trabalhadores contra perdas e acessos, usos, alterações ou divulgações não autorizados;
- Os trabalhadores devem ter acesso a todas as suas informações pessoais, e ter o direito a examinar e a obter uma cópia de quaisquer gravações até o ponto em que estas contêm informações a seu respeito.

⁷⁰ Sylvia Kierkegaard - Panóptica, ano 1, n. 8, maio – junho 2007

3 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante de tudo que foi exposto qual é a responsabilidade que o empregador tem perante seus funcionários? Qual seu limite? O que podem fazer os funcionários para não serem tão abertamente violados em sua privacidade?

Como o empregador responde perante uma invasão de privacidade e de intimidade de seus funcionários?

Para responder a todas essas perguntas necessário e imprescindível uma análise do conceito e de todos os desdobramentos de Responsabilidade Civil.

A ideia de reparação é uma das mais antigas da humanidade e surgiu a partir da moral cristã, uma vez que antes disso não havia a culpa e todo dano provocado contra outrem era imediatamente reparado sem regras e qualquer tipo de limite. Não havia o direito para controlar a sociedade e o Estado não interferia na vida privada, assim a vingança era legítima e o mal causado sempre seria reparado com mal.

Na vingança privada subdividia-se em vingança privada regulamentada e não regulamentada. Na vingança privada não regulamentada todo um grupo social era punido por fato praticado por um indivíduo. Na vingança privada regulamentada encontramos o brocardo "olho por olho" do Talião pré-Hammurabi (desforra).⁷¹

A sociedade foi evoluindo e não mais se admitia completamente a vingança única e exclusivamente como forma de reparação por algum dano sofrido, percebia-se então que a composição econômica seria bem mais vantajosa que a vingança privativa, tornando-se assim, obrigatória e tarifada, ficando vedada a vingança privada.

E a função e a obrigação de regulamentar essa compensação econômica passa a ser do Estado que aceita única e exclusivamente a compensação pecuniária como forma de punir, criando assim, o conceito de indenização.

⁷¹ Bittar, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

O direito francês foi esculpindo aos poucos, estabelecendo assim, princípios da responsabilidade civil baseados na culpa, abandonando a composição econômica obrigatória e separando a responsabilidade civil (perante a vítima) da penal (perante o Estado), Lex Aquiliana.⁷²

E como forma de inspiração para outros países e ordenamentos jurídicos que o conceito de responsabilidade civil foi se desenvolvendo entre nós.

O legislador pátrio buscou na noção de ato ilícito os fundamentos da responsabilidade civil, baseando-se na culpa.

Porém, a teoria do risco passou a ser mais aceita e utilizada hoje em dia, havendo assim, uma mudança de paradigma.

Não mais se utiliza única e exclusivamente a teoria da culpa para se caracterizar a responsabilidade civil, mas sim a teoria do risco, passando -se assim, da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva.

Essa passagem é de vital importância para nosso ordenamento jurídico sendo uma característica fundamental para a evolução do nosso direito.

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio da equidade, existente desde o direito romano:⁷³

“aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes, pois "quem aufere os cômodos, deve suportar os incômodos".

Percebe-se então, que ao utilizar a responsabilidade objetiva não mais se aceita apenas a culpa como forma de se responsabilizar alguém, mas sim leva em conta o risco corrido, deixando o agente exonerado da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano.

⁷² Bittar, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

⁷³ Bittar, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

Ou seja, só será exonerado da responsabilidade se houver força maior ou caso fortuito, ou ainda se o fato danoso se verificou por exclusiva culpa de terceiro por quem não era responsável.

Apesar de a tese ter um efeito maior, hoje, entretanto, na realidade o nosso direito adota a responsabilidade subjetiva como regra, tal como trata os Artigos 186 e 187 do Código Civil:

Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Art. 187: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

É explícita a legislação nos casos onde ocorre a responsabilidade objetiva, caso aquela seja insuficiente para atender às imposições do progresso e as consequências das atividades de risco, como dispõe o Art. 927, do Código Civil, em seu parágrafo único:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Importante destacar que a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva não são espécies diversas de responsabilidade, mas sim são maneiras diferentes de se reparar o dano causado a outrem.

Segundo Sílvio Rodrigues (2002, v. 4. p. 11), a responsabilidade subjetiva se inspira na ideia de culpa, de modo que a responsabilidade do agente causador do dano só se

configura se agiu culposa ou dolosamente. Esta é a teoria clássica, devendo haver prova da culpa como pressuposto da obrigação de indenizar.⁷⁴

Entretanto, a lei impõe, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação do dano cometido sem culpa. Estamos em face da responsabilidade legal ou objetiva, onde o comportamento do agente é irrelevante, pois aqui vale a teoria do risco e segundo esta, aquele que através de sua atividade cria um risco ou dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, mesmo que não tenha agido culposamente, bastando que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente. Sua responsabilidade será individual, podendo ser direta e indireta.

Segundo o que dispõe Maria Helena Diniz(2002. p. 213):⁷⁵

[...] será direta, quando o agente responder pelo ato próprio. Será indireta apenas nas situações previstas em leis, nas quais se admite culpa presumida, operando-se conseqüentemente a inversão do ônus provando; logo, relativamente a responsabilidade indireta, o imputado responderá por ato de terceira pessoa, com a qual tem o vínculo legal de responsabilidade (é o que ocorre com pais, tutores, curadores, etc), é por fato de animal ou coisas inanimadas sob sua guarda (como sucede com danos ou detentores de animais, donos de edifícios, habitantes de casas, pelas coisas caídas ou lançadas, etc). O lesado será obrigado aprovar a culpa do lesante na produção do dano.

A regra geral que preside à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso e das atividades de risco, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção, o que vem sendo feito, conforme se vê em algumas legislações: Lei de Acidentes de Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Código de Defesa do Consumidor, entre outras.

⁷⁴ Rodrigues, Sílvio. Direito Civil.5. Ed. São Paulo. Saraiva, 1975

⁷⁵ Diniz. Maria Helena . Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol.7. São Paulo. Saraiva, 2002.

Devida a evolução das relações sociais gerado pela enorme e crescente globalização que resulta no surgimento do consumo em massa, o ordenamento jurídico pátrio se viu insuficiente para regular as novas relações humanas, derivada da intensa atividade comercial.

Para atender a essa crescente demanda, surgiu, em 1990, o CDC - Código de Defesa do Consumidor atendendo a um anseio constitucional.

Partindo-se do princípio que o consumidor é a parte mais vulnerável e frágil da relação comercial e de consumo, o Código do Consumidor surgiu para restabelecer o equilíbrio que deve haver entre consumidor e fornecedor.

Assim, possui regras que visam a proteção e a tutela dos direitos dos consumidores, consagrando assim, a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou serviço, como a resultante de seus vícios, dispensando a prova da culpa imputada ao fornecedor.

Para Maria Helena Diniz em seu "Responsabilidade Civil", a responsabilidade civil é "a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal".⁷⁶

Segundo Sílvio Rodrigues(2002, v.4. p. 6), a responsabilidade civil vem defendida por Savatier como obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.⁷⁷

Desprende-se dos conceitos supracitados que a obrigação de reparar danos nada mais é do que a responsabilidade civil, sendo assim determinada como uma consequência jurídica a uma ato ilícito em qualquer esfera do direito, podendo ser civil, administrativa, trabalhista e criminal.

Para haver a responsabilização de alguém deve haver um dano, um prejuízo a um terceiro, a um particular ou ao próprio Estado.

⁷⁶ Diniz, Maria Helena . Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol.7. São Paulo. Saraiva, 2002.

⁷⁷ Rodrigues, Sílvio. Direito Civil.5. Ed. São Paulo. Saraiva, 1975

Ainda de acordo com Maria Helena Diniz ⁷⁸os pressupostos para se configurar a responsabilidade civil são:

- a) existência de uma ação comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente;
- b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada;
- c) nexo de causalidade entre o dano e a ação.

Continua a autora:

"O dano moral é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos das pessoas, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual sua personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida".

Para Antônio Chaves dano moral é:⁷⁹

"é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física - dor sensação como denomina Carpentier - nascida de uma lesão material; seja a dor material - dor sentimento - de causa material".

Já Carlos Bittar prevê como:⁸⁰

"Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente

⁷⁸ Diniz, Maria Helena . Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol.7. São Paulo. Saraiva, 2002.

⁷⁹ Chaves , Antônio .

⁸⁰ Bittar, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas ou circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido⁸¹.”

Em todos os conceitos supracitados, seus autores deixam claro a ideia de que aquele que comete um ilícito deve reparar aquele contra quem o cometeu.

Assim, temos que a empresa que viola da forma que bem entender o correio eletrônico de seus funcionários deverá ser responsabilizada por invasão de privacidade e de intimidade, configurando um abuso do seu poder diretivo.

Segundo Silvio Venosa, “a empresa é responsável na medida em que assumiu as consequências de seus atos e omissões, já descritos, contratuais ou extracontratuais, indiferentemente.”⁸²

Caso a empresa cometa invasão de privacidade no correio eletrônico profissional de seus funcionários, mesmo que ainda utilizem o e-mail profissional para outros fins, para fins pessoais só será exonerada da responsabilidade se houver força maior ou caso fortuito, ou ainda se o fato danoso se verificou por exclusiva culpa de terceiro por quem não era responsável.

Ou seja, a empresa não poderá violar o sigilo do e-mail de seus funcionários em casos estritamente necessários e indispensáveis.

Observa-se aqui que não se pretende defender o funcionário que comete danos a outrem em nome da empresa deliberadamente.

Não se defende aqui que a privacidade deverá ser respeitada a todo custo, mesmo que o funcionário utilize o e-mail profissional para prejudicar terceiros utilizando o nome da empresa por trás.

⁸¹ Bittar, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

⁸² Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Volume II – Teoria geral dos contratos, São Paulo, Editora Jurídico – Atlas, 3ª edição, 2003.

Assim sendo, temos a decisão do RO 6738/99 - DJ 18.04.01 - Relator Manoel Cândido Rodrigues que prevê:

“A empresa, dona do equipamento que acessa a rede, da conta que permite a conexão e empregadora de quem está navegando ou mandando correio eletrônicos, é responsável pelos atos desta pessoa, tanto quanto o é pelos do motorista que, ao volante de um caminhão de sua propriedade, atropela e mata alguém.

A empresa é responsável pelos danos materiais e morais causados por atos de empregados, consoante Súmula 341: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Portanto, se um empregado, através do correio eletrônico da empresa onde trabalha, remete uma mensagem com vírus para terceiros e causa prejuízos, sua empregadora poderá ser obrigada a ressarcir os danos, materiais e morais da mesma maneira, sem contar a questão relativa a publicidade negativa que isso trará para seu nome.

No local de trabalho, o empregador tem uma preocupação legítima para que o empregado não divulgue informações confidenciais da empresa a outrem ou que não transmita correios eletrônicos com conteúdo não apropriado que não sejam relacionados ao trabalho, tais como materiais pornográficos ou piadas para não sobrecarregar a rede da empresa causando, em alguns casos, a perda de conexão resultando no não recebimento de arquivos importantes ou na necessidade de aquisição de placas de memória para ampliação da capacidade dos sistemas.

Sem mencionar o recebimento de vírus que podem vir anexados a correio eletrônicos e que podem causar um dano irreparável, como foi o caso do vírus “I Love You”.

O que aqui se pretende defender é que caso a violação ao correio eletrônico do funcionário não seja realmente necessário, não se deve violar e invadir a privacidade do funcionário, uma vez que o mesmo utiliza o e-mail como uma ferramenta de comunicação tão utilizada atualmente, no mundo globalizado, uma vez que como já foi exaustivamente explanado, o

ambiente de trabalho passou a ser a extensão das casas e lares dos funcionários que acabam por passar mais de 1/3 de seu dia nele.

Dessa forma, a melhor saída será sempre a razoabilidade, uma vez que, o e-mail sempre será utilizado pelos funcionários da empresa, independentemente de autorização ou não.

O que se deve fazer, além, dos mecanismos de defesa plausíveis e já citados aqui é verificar o comportamento dos funcionários para decidir o monitoramento e pedir autorização judicial para tanto.

Pois, caso seja invadido e monitorado um e-mail profissional e se descubra fatos privados do funcionário e esse funcionário descubra sobre a invasão, a empresa deverá ressarcir e reparar o dano causado a esse funcionário.

Assim, o mero dever genérico de não prejudicar não será respeitado pela empresa que estará excedendo em muito os limites impostos tanto pelo seu fim econômico-social como pelos bons costumes.

Diante disso, desnecessário dizer que o descumprimento deve gerar indenização à parte prejudicada em sua universalidade de direito.

O STF tem proclamado que "a indenização, a título de dano moral, não exige comprovação de prejuízo" (RT 614/236), por ser este uma consequência irrecusável do fato e um "direito subjetivo da pessoa ofendida" (RT 124/299). As decisões partem do princípio de que a prova do dano (moral) está no próprio fato, **"não sendo correto desacreditar na existência de prejuízo diante de situações potencialmente capazes de infligir dor moral. Esta não é passível de prova, pois está ligada aos sentimentos íntimos da pessoa.** Assim, é correto admitir-se a responsabilidade civil, p. ex., na maioria dos casos de ofensa à honra, à imagem ou ao conceito da pessoa, pois subentendem-se feridos seus íntimos sentimentos de auto-estima (CRJEC, 3ª Turma, Rec. 228/98, rel. Juiz Demócrito Reinaldo Filho, j. 20.08.98, DJ 21.08.98). Como já proclamava José de Aguiar Dias, nesses casos "acreditar na presença de dano é tudo quanto há de mais natural" (Da Responsabilidade Civil, vol. II, p. 368).

A Magna Carta em seu art. 5º consagra a tutela do direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação de direitos fundamentais, tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (artigo 5º, X, CF/88).

Assim, a Constituição garante a reparação dos prejuízos morais e materiais causados ao ser humano. Este dispositivo assegura o direito da preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade dos direitos da personalidade.

Com efeito, em situações que tais, o ato lesivo afeta a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade psíquica, seu bem-estar íntimo, suas virtudes, enfim, causando-lhe mal-estar ou uma indisposição de natureza espiritual.

Sendo assim, a reparação, nesses casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima, e compense os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação ilícita do lesionado.

O entendimento jurisprudencial é tranquilo e pacífico no sentido de que a violação de direito do dano moral puro deve ser reparada mediante indenização, ou seja a responsabilidade civil objetiva deve ser aplicada.

Nesta trilha, pode-se trazer à colação o seguinte julgado:

“DANO MORAL PURO. (RT 639/155).

INDENIZAÇÃO - Dano moral – Cabimento

Independente da comprovação dos prejuízos

materiais. *Ementa oficial*: Danos morais. Os danos puramente morais são indenizáveis.

Ap. 31.239 - 2ª C. - j. 14.8.90 - rel. Des.Eduardo Luz.”

Merece ser citada, ainda, decisão proferida pelo **4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro**, constante da Revista Forense nº 328, págs. 187 e 188, “*in verbis*”:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM - DANO MORAL - O dano moral puro não se confunde com repercussão econômica dele

decorrente. O primeiro, é a dor, a vergonha, o vexame, a humilhação e o constrangimento sofrido pela vítima em razão de agressão a um bem integrante da sua personalidade; o segundo, é o prejuízo econômico, são as perdas patrimoniais experimentadas pela vítima em decorrência da agressão ao mesmo bem personalíssimo.

- Hoje já se tornou pacífica a reparação do dano moral puro, independentemente de qualquer repercussão econômica que ele tenha produzido, admitindo-se até a acumulação de ambos se este último também ocorre (Súmula n. 37 do STJ). (Embs. Inf. n. 245/93 na Ap. n. 1.185/93 - Relator: DES. SÉRGIO CAVALIERI FILHO)

3.1 - O USO DO CORREIO ELETRÔNICO, A APLICAÇÃO DA JUSTA CAUSA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O uso indevido do correio eletrônico pode configurar justa causa, conforme disposto no art. 482 da CLT.

Em vista do fato de que o ônus de prova da justa causa é do empregador, é importante que estejam presentes todos os elementos tipificadores de referida dispensa, tais como:

- a) o fato deve estar tipificado nas hipóteses de justa causa previstas no artigo 482 da CLT;
- b) deve haver imediatividade do ato;
- c) deve haver gravidade tal que impossibilite a manutenção do vínculo de emprego;
- d) inexistência de perdão tácito ou expresso e;
- e) apreciação das condições do empregado e do seu passado na empresa.

Salientamos que a legislação trabalhista não estabelece a gradação da pena em caso de dispensa com justa causa, ficando ao critério do empregador. Mesmo assim, havendo falta grave, normalmente o funcionário é dispensado imediatamente.

Sugere – se então que essa proporção seja regulamentada no regimento interno da empresa a fim de se causar maiores problemas.

E no caso de monitoramento de e-mails, a prova poderia ser considerada ilícita? Em caso positivo, a empresa deveria requerer judicialmente a quebra de sigilo das mensagens? Em caso de ser entendida como ilícita, poderia ainda ensejar ação de danos morais pelo empregado?

Portanto, há o risco de se entender que a prova é ilícita, sendo assim, não estaria configurada a justa causa.

Além disso, há o risco de pleito de danos morais. Por esta razão, alguns não recomendam a demissão por justa causa em casos de uso indevido de correio eletrônico.

Comprovado que o empregador violou o correio eletrônico do funcionário que mesmo tendo enviado um e-mail de cunho pessoal, mas que não prejudicou em nada a empresa para a qual trabalha e foi demitido por isso, a empresa poderá ser condenada a pagar os danos morais e ainda recontratar o funcionário que não prejudicou nem expôs a empresa a nenhum tipo de problema ou constrangimento.

Muito pelo contrário, será então provado que a empresa que expôs seu funcionário ao constrangimento de ter sido sua intimidade violada desnecessariamente.

O desdobramento da violação do correio eletrônico do funcionário pode ser ainda maior, chegando inclusive a atingir a esfera criminal.

A previsão e a disposição sobre a matéria está prevista no Código Penal em

seu Título I – 'Dos Crimes Contra Pessoa', onde o bem jurídico, que é o sigilo das informações, é tutelado pela Seção III – 'Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência', conforme disposto a seguir:

VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

Art. 151 - “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

VIOLAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEGRÁFICA, RADIOELÉTRICA OU TELEFÔNICA

Art. 151, § 1º II - “ quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre pessoas”

Pena – detenção, de um a três anos.

Em vista dos riscos apontados acima, e por ser uma matéria extremamente nova com debates recentes há duas correntes.

Para alguns se a empresa suspeitar que seus empregados praticam fraudes, utilizam seus e-mails para fins ilícitos e prejudicam a empresa através do uso das redes de computadores, deveria requerer judicialmente a quebra do sigilo das mensagens, a fim de apresentar em juízo uma prova que venha a caracterizar a justa causa, de maneira robusta.

Para outros a questão é muito mais ampla, começando a discussão por qual órgão seria competente para apreciar tal pedido: a Justiça do Trabalho ou a Justiça Penal?

A Constituição Federal é expressa no sentido de que: “somente, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal”.

3.2 - O ENTENDIMENTO ATUAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A demissão de empregados por justa causa pelo uso indevido do correio eletrônico profissional é uma prática usada por algumas empresas que se sentem prejudicadas pelo procedimento.

Como já foi diversas vezes ditos, por ser um tema recente há poucos casos nos tribunais brasileiros.

Para demonstrar a real situação, segue alguns casos e suas decisões:

- 1º caso: 6ª Turma do Tribunal regional do trabalho da 2ª Região – São Paulo:

No caso em tela, houve a emissão e envio de um e-mail do tipo 'corrente', no horário de café do remetente.

A decisão proferida foi que a conduta não tipifica justa causa e que 'a violação de correspondência, ainda que eletrônica, fere a garantia à intimidade', porque correio eletrônico é correspondência enviada pelo computador.

- 2º caso: 3ª Turma do tribunal regional do trabalho da 10ª Região – Distrito Federal e Tocantins:

A decisão proferida não acolheu a alegação de justa causa feita pela seguradora por entender que a prova de mau procedimento (envio de correio eletrônicos com conteúdo pornográfico) fora obtida ilicitamente, devido à suposta violação da correspondência (correio eletrônico) do empregado.

- 3º caso: Decisão – Processo n. 13.000613/2000 - Origem: 13a. Vara de Brasília – HSBC⁸³

“O autor foi demitido por ter utilizado correio eletrônico da empresa para enviar fotos pornográficas para colegas de trabalho. A empresa possuía em seu regulamento interno norma expressa no sentido de que o uso do correio eletrônico deveria ficar restrito ao trabalho, confessando o autor que inclusive recebeu cópia de referida norma via correio eletrônico interno da empresa. A empresa realizou rastreamento do correio eletrônico e descobriu que o autor enviou inicialmente o correio eletrônico para trainee da empresa, que reenviou para outros colegas, tendo a mensagem espalhado-se. A empresa confessou que para ter acesso ao autor e conteúdo do correio eletrônico fez rastreamento através de seu provedor interno. Portanto, a pessoa que noticiou o fato à reclamada, não foi nenhum das pessoas que integraram a cadeia de distribuição do correio eletrônico.

Fundamentação da sentença de 1a. Instância – 09/10/2001: A decisão proferida pela 13ª Vara de Brasília em 09.10.2001, entendeu que a prova da justa causa praticada pelo empregado era ilícita, uma vez que a empresa não tem o direito de violar as correspondências eletrônicas de seus empregados, pelo princípio constitucional do sigilo das correspondências, portanto, não restou provada a justa causa efetuada pela empresa, após a ter encontrado material pornográfico em sua caixa de correio eletrônico. A prova pretendida pelo Reclamado, a fim de provar a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo em razão de flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do Autor. O Reclamado teve acesso ao teor do correio eletrônico, diretamente, através do provedor que é administrado e mantido pelo próprio Reclamado. Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia de comunicação eletrônica, o que, por si só, caracteriza a violação da

correspondência e a quebra da legalidade. Ao julgar o caso, o juiz considerou que a conduta poderia ensejar justa causa, uma vez que o empregado descumpriu a determinação contratual de usar o correio eletrônico somente para assuntos profissionais. Mas a sentença não admitiu a mensagem como prova, pois houve violação do correio eletrônico. A Justiça segue a teoria de que a prova obtida por meio ilícito prejudica todo o processo. Segundo a decisão, o monitoramento de correio eletrônicos fere o artigo 51, inciso XII da Constituição, que define como inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

A Constituição Federal consigna serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (art. 51, LVI). Ainda que, se nos autos possa haver prova de que a conta de correio eletrônico tenha sido distribuída ao Autor com essa restrição/condição, tal circunstância, de modo algum, autorizaria o Reclamado a, quebrando o sigilo da correspondência, ter acesso ao teor do correio eletrônico sem a anuência do Autor, ou de algum dos integrantes da cadeia. O fato do Autor descumprir a determinação do Reclamado para somente usar sua conta de correio eletrônico para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o Reclamado teve acesso ao teor do correio eletrônico, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 51, LVI, c/c art. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência. (art. 51, XII).

Ao Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, havia sinalizado para a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Todo o conjunto probatório em relação aos fatos ensejadores da alegação de justa causa, incluindo a alegação segundo a qual o autor teria inobservado determinação do Reclamado no sentido de usar a

conta de endereço eletrônico exclusivamente para tratar assuntos do serviço, depoimento de testemunhas, confissão de parte, etc. C estão, portanto, contaminados, vez que o acesso ao correio eletrônico efetuado pelo Reclamado se deu de modo ilegal, com violação ao art. 51, XII, da Constituição. **“ O artigo 5º, LVI, da Constituição, estabelece: 'são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos', fazendo com que a prova assim colhida não poderá ser aceita num processo criminal, nem será admitida pela Justiça do Trabalho para caracterizar uma justa causa para despedir o empregado, ainda que desonesto. Provas ilícitas são aquelas cuja obtenção decorre da 'violação de normas judiciais de qualquer natureza, especialmente daquelas que protegem os direitos fundamentais (normas constitucionais)'. Assim, se tal prova for utilizada num procedimento interno da empresa, e que resultar na demissão do empregado, ainda que sem justa causa, por um ato decorrente da invasão de privacidade, como p. ex. comentários sobre o chefe, críticas, atos de insubordinação, etc... este poderá requerer indenização pelos danos morais decorrentes da invasão de privacidade.**

Fundamentação do acórdão do Tribunal da 10a. Região Em decisão inédita na Justiça do Trabalho, a 3ª Turma do TRT-10ª Região reconheceu, de forma unânime, a justa causa na demissão de ex-empregado do HSBC Seguros Brasil S/A acusado de enviar fotos pornográficas por correio eletrônico utilizando o provedor da empresa. **A juíza relatora, Márcia Mazoni, reformou a sentença da 13ª Vara do Trabalho de Brasília, que não acolheu a justa causa alegando terem sido as provas obtidas de modo ilegal, com violação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual estabelece o sigilo da correspondência e das comunicações, salvo por ordem judicial. Para a juíza relatora Márcia Mazoni, a utilização pessoal de correio eletrônico funcional para fins estranhos ao serviço e de conseqüências nocivas à reputação da empresa é ato grave suficiente para a dispensa por justa causa.**

Além disso, a juíza entende que o dispositivo constitucional de inviolabilidade da correspondência, não se aplica ao caso, uma vez que todos os instrumentos são de propriedade da empresa e disponibilizados aos empregados para suas atividades, não existindo “confidencialidade”, motivo pelo qual não se configuraria a suposta violação à garantia da intimidade e à obtenção de provas por meio ilícito. O controle do correio eletrônico seria a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização das informações que tramitam na empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso da Internet, que pode até mesmo atentar contra a moral e os bons costumes, causando à imagem da empresa prejuízos imensuráveis. Ela enfatizou a responsabilidade solidária que recai sobre a empresa pelos atos de improbidade ou delitos praticados por seus empregados. Para a juíza Márcia Mazoni, a utilização pessoal de correio eletrônico funcional para fins estranhos ao serviço e de conseqüências nocivas à reputação da empresa é ato grave suficiente para a dispensa por justa causa, tendo em vista a total quebra de confiança entre empregador e empregado, tornando impossível a relação de emprego. Para a redatora, entretanto, o dispositivo não se aplica ao caso, já que todos os instrumentos são de propriedade da empresa e disponíveis aos empregados para suas atividades, não existindo 'confidencialidade', motivo pelo qual não se configuraria a suposta violação à garantia da intimidade e à obtenção de provas por meio ilícito. Segundo a redatora, a decisão do TRT da 10ª Região pode influenciar o entendimento da Justiça do Trabalho de São Paulo, que analisa as demissões por justa causa, ocorridas no início deste mês, de empregados da Ford do Brasil que repassaram correio eletrônicos com conteúdo pornográfico”.

- 4º caso: Decisão – Processo n. 752/2000 – Rito sumaríssimo - 37a. Vara do Trabalho de São Paulo – UNIMED⁸⁴

“O reclamante retransmitiu um correio eletrônico do tipo corrente, ou seja, prometia um ganho com o reenvio da mensagem a um certo número de pessoas. No caso, a Microsoft pagaria US\$5,00 a cada correio eletrônico enviado. Apurou-se durante a instrução que referido correio eletrônico foi enviado na hora do café. O ex-empregado confessou ter assinado termo aditivo ao contrato de trabalho, declarando que a utilização do computador, inclusive para envio de correio eletrônicos, era exclusivo para uso profissional. A empresa confessou que há política de monitoramento de correio eletrônicos dos empregados.

Fundamentação da sentença de 1a. Instância – 11/05/2000: O juiz da Vara do Trabalho entendeu que o autor confessou que utilizou indevidamente equipamento da empresa remetendo correspondência a colegas, sem relação com o objeto de trabalho, violando norma de aditivo ao contrato de trabalho, mantendo a justa causa aplicada pela empresa. Além disso, fundamentou que pouco importava que o uso ocorreu durante o horário do café, pois a vedação era para uso e não para a utilização do equipamento em determinado momento. Fundamentação do acórdão do Tribunal da 2a. Região – 03/08/2000 O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo reformou a decisão concluindo que não restou tipificada a justa causa, conforme ementa abaixo descrita: **Justa Causa. 'Correio eletrônico' caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inciso VIII). Um único 'correio eletrônico', enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.**

⁸⁴ Decisão – Processo n. 752/2000 – Rito sumaríssimo - 37a. Vara do Trabalho de São Paulo

O Tribunal analisou (dois) 2 pontos em referida decisão: o primeiro diz respeito a violação da intimidade do empregado e o segundo diz respeito a proporcionalidade da pena aplicada pelo envio de apenas um correio eletrônico.

A primeira é extremamente contundente quando assevera que o 'correio eletrônico' caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade, pois o endereço eletrônico pertence ao empregado. Manifesta a violação a correspondência, ainda que eletrônica, fere a garantia a intimidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inciso VIII)'. O Tribunal afirma que por analogia, o caso equivale a escuta de conversa telefônica. Ora, uma afirmação desse tipo é extremamente temerária, pois dá carta branca ao empregado que escudado no princípio da intimidade assegurado na Constituição poderá utilizar-se do correio eletrônico para quaisquer fins, pois o empregador não terá o direito de filtrá-lo para investigação e correta aplicação dos bens utilizados para a produção. Além disso, referida conclusão não soluciona de maneira eficaz o problema trazendo a nosso sentir maior insegurança nas relações trabalhistas. Lembramos ainda que o direito a intimidade, é igual aos demais direitos fundamentais não sendo absoluto e podendo ceder ante os interesses constitucionalmente relevantes, sempre que seja necessário para lograr um fim legítimo, proporcionando o respeito ao conteúdo essencial do direito.

O segundo aspecto diz respeito a proporcionalidade da falta. Conclui o acórdão que 'um único 'correio eletrônico', enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa, principalmente praticada por empregado, com mais de 3 (três) anos no emprego, sendo inadmissível o rigor da reclamada'. Devemos reconhecer que o trabalhador deva ter direito a uma comunicação externa durante o horário de trabalho, incluído dentro da empresa. O empregador tem que aceitar o que se denomina direito ao uso social do

correio eletrônico. Logicamente, dentro do ambiente de trabalho também pode haver o uso pessoal, não abusivo e justificado, dos meios e comunicação da empresa. Além disso, a ótica a ser observada não deve ser limitada a quantidade de correio eletrônicos e sim a prejudicialidade que sua utilização possa ocasionar a empresa.

Outras jurisprudências relevantes:

CORRESPONDÊNCIA E MENSAGENS EM CORREIO ELETRÔNICO. INEXISTÊNCIA DE ABUSO. ANIMUS NARRANDI. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INCABÍVEL.

1. Considerando o relevante cargo ocupado pelo autor e o interesse público envolvendo a matéria veiculada por meio eletrônico e, sobretudo, por não se haver ingressado nos atributos de personalidade do autor, não prospera, na espécie, abalo moral passível de compensação financeira.

2. A narração de acontecimentos de interesse coletivo, nos estritos limites do denominado animus narrandi, quando ausente elemento indicativo da intenção de macular a honra do ofendido, não rende ensejo a indenização.

3. De igual forma, entende-se não se conceber absoluta proteção à inviolabilidade profissional do administrador público, porque a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X contempla a inviolabilidade da vida privada, mas não da vida pública. Sob esta ótica, eventuais críticas, restritas à atividade e sem acusação infundada, não se presta a sedimentar a indenizabilidade perseguida

4. Recurso conhecido e improvido.

(20060110097868APC, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, julgado em 25/03/2009, DJ 20/04/2009 p. 147)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO PEJORATIVA COM REFERENCIA A PARENTESCO. OFENSA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

1. A publicação efetuada na internet com noticia pejorativa de uma pessoa fazendo referência a esta com sendo parente de outra pessoa configura dano moral a esta última.
2. Dano moral configurado, pois o e-mail tinha o dolo de prejudicar, de ofender, de causar danos.
3. Recurso conhecido e provido.(20060111019726APC, Relator GILBERTO DE OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, julgado em 23/05/2007, DJ 04/10/2007 p. 110).

V- CONCLUSÃO:

A tendência é a substituição gradativa do meio físico pelo virtual ou eletrônico, o que já ocorre e justifica adequação, adaptação e interpretação das normas jurídicas nesse novo ambiente.

E a despeito da corriqueira violação do correio eletrônico por parte das empresas, vedada pelo sistema jurídico a violação da correspondência eletrônica, também conhecida como e-mail, a prova assim obtida não se presta a embasar a justa causa do empregado, ainda que este esteja praticando atos ilícitos contra a empresa.

A violação da intimidade caracteriza dano moral a ser indenizado pelo empregador; uma vez que caso o empregador decida interceptar a correspondência de seus empregados, por suspeita de fraudes, deverá obter autorização judicial prévia.

Na grande maioria dos casos é possível a aplicação das leis já existentes o que gera direitos e deveres que deverão ser exercidos e respeitados

A crítica efetuada em privado, ainda que ofensiva, não pode gerar retaliações contra o empregado. E, como já foi ressaltado num acórdão do TRT da 3ª Região: 'a inserção do empregado no seu ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie.'

Óbvio que as regras devem ser discutidas e adaptadas as realidades de cada empresa mas, em linhas gerais, recursos, locais e ferramentas de trabalho devem ser usados exclusivamente para esta finalidade.

É salutar que, dependendo das características da rede da empresa e dos seus empregados, haver uma certa tolerância quanto a navegação e uso da Internet, até mesmo porque a rede é dinâmica e a descentralização das informações leva o usuário a navegar bastante até achar o que precisa.

E também porque o funcionário passa em média 1/3 de seu dia em seu ambiente de trabalho, sendo este considerado inclusive uma extensão de sua residência.

Porém, não é nenhuma ameaça ao empregado ou sua privacidade impedi-lo de usar meios da empresa em benefício próprio ou em prejuízo da empresa e da sua hierarquia, se tal for devidamente explícito a ele desde logo. O ponto relevante, entretanto, seria estabelecer se, naquele ambiente de trabalho e dentro daquela circunstância, a pessoa teria o direito à privacidade, ou se encontraria num ambiente íntimo.

O Dr. Carlos Roberto Fornes Mateucci⁸⁵ afirma que o empregado tem os seguintes direitos: estar só, não ser incomodado e manter suas questões pessoais fora do conhecimento de terceiros. Contudo, para tanto, mister estabelecer em que situações e ambientes o direito à privacidade é assegurado e quando são tratados assuntos de seu específico interesse.

Há que se ter cuidado de não privilegiar a esfera patrimonial-financeira da empresa em detrimento da intimidade do empregado. Deve se delimitar quais são, dentro da empresa e sociedade em geral, os ambientes privados.

As iniciativas isoladas de determinados países, provavelmente, produziram efeitos isolados, ou, até mesmo, nulos. Faz-se necessária a promoção de amplas discussões internacionais, as quais conduzam à assinatura de tratados, que versem sobre matérias relativas à grande rede.

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

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

⁸⁵ Mateucci, Carlos Roberto Fornes. **Privacidade Funcional: sigilo de e-mail no ambiente de trabalho é relativo.** Artigo da internet.

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

Finalmente, entendo que o empregador poderá exercer o controle tecnológico sobre seus empregados, desde que seja analisado caso a caso e atendendo a estritos critérios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, a utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins a que se pretendam causando o menor impacto possível sobre a intimidade e a dignidade do trabalhador, mas não vetando esse controle em todos os casos.

O Direito do Trabalho enfrenta, neste momento histórico, desafios importantes. O novo Direito do Trabalho para sobreviver como meio regularizador da relações laborais deverá beneficiar-se, cada vez mais da tecnologia (internet).

Entendemos que o Direito do trabalho brasileiro deve se adaptar ao novos tempos marcados pela internet pois, novas condições de vida, novos os desafios apresentados , novos problemas a enfrentar , com isso é impossível pretender que continue o Direito do Trabalho a desempenhar o mesmo papel, por mais eficiente que outrora se tenha apresentado, continuar com a mesma armadura seria condená-lo a ineficácia. A legislação do trabalho tem que estar mais aberta as inovações tecnológicas e às necessidades de adaptação conjuntural. Na verdade a conjuntura tem forçado os trabalhadores a adaptarem-se a inserção de tecnologias avançadas no ambiente de trabalho. No fundo, é a lógica dos ciclos econômicos a repercutir os seus efeitos no funcionamento dos sistemas de trabalho dos empregados. Esse fenômeno corresponde a um novo espírito da Empresa moderna, mais eficiente, produtiva e competitiva.

Vale ressaltar, que é fundamental, acima de tudo, a conscientização para uma nova postura frente aos fatos relacionados as consequências da informatização nas relações laborais, com a pujança de um ideal perene de justiça social, pois não se combate as mazelas sociais referentes ao conflitos laborais sem antes erradicar suas raízes, há muito tempo encrostadas nos desmandos políticos dos governantes e na mentalidade anacrônica da minoria privilegiada que se recusa suprir as necessidades elementares da pessoa humana e a distribuir os louros do desenvolvimento econômico.

Assim a empresa moderna no desenrolar de seus empreendimentos deve ter como uma de suas principais preocupações a eficácia e bem estar da comunidade como um todo e não apenas de um parcela de privilegiados sempre visando a proporcionalidade de seus atos.

Concluindo, o respeito à vida privada é uma das garantias na qual a sociedade livre se diferencia do Estado Totalitário. O respeito às Leis é o caminho necessário para que a informática não leve a concretização da profecia sinistra do "Grande Irmão", que à todos escuta, previsto pelo escritor George Orwell, em sua obra "1984".

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Trad. para o castelhano de Ernesto Garzón Valdes. Madrid. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1993. P.381.
- American Heritage of the Dictionary of English Language 4th edition. (2000): Boston. Houghton Mifflin.
- ANDRADE, Laura Martins Maia de. Meio ambiente do trabalho e a ação civil publica trabalhista. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, pgs. 143-44.
- ÁQUILA, Robson. Informática Objetiva. Fortium editora, 2006.
- AZUMA, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente as novas tecnologias da informação. Jus navegandi. Teresina, ano 10, n.554, 12 de janeiro de 2005. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6168>
- BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BLUM, Renato Ópice – advogado especialista em crimes de informática
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.642.
- CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>. Acesso em: 22 nov. 2010
- CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira; CARDONE, Marly A : teoria geral do direito social, direito contratual de trabalho, direito protecionista do trabalho. 2.ed. São Paulo: Ltr, 1993.

- Declaração Universal dos Direitos do Homem artigo 12.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Vol 7. São Paulo, Saraiva. 2002.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.
- GONÇALES, Odonel Urbano. *Direito do trabalho para concursos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- JÚNIOR, Antonio Umberto de Souza. Revista OAB/DF. Editora, 2009.
- KIERKEGAARD , Sylvia - Panóptica, ano 1, n. 8, maio – junho 2007
- LIMA, Roberto Kant de. Especialização em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública. Editora Saraiva, 2008.
- MAIA, Juliana (org.). Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo. 4 ed. Niterói: Impetus, 2005.
- MATTEUCCI, Carlos Roberto Fornes. Privacidade Funcional: sigilo de e-mail no ambiente de trabalho é relativo. Artigo da internet.
- MORAES, Alexandre de, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A-2005, página .128.
- MORAES FILHO, Evaristo de. O direito ao trabalho, p.674.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no Direito do Trabalho . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2503>>. Acesso em: 13 maio 2010

- REGO, Francisco Gaudêncio Torquato do. Comunicação Empresarial/Comunicação Institucional. São Paulo : Summus, 1986. p.13-160.
- Revista Consultor Jurídico, 18 de setembro de 2000
<http://conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1> acessado em 30/06/05
- Revista " Management". 2000.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil.5. Ed. São Paulo. Saraiva, 1975
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- SÊMOLA, Marcus. MBA em Tecnologia Aplicada e Consultoria de Segurança da Módulo Security Solutions S.A
- SIMÕES, Carlos. Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista. São Paulo, Símbolo, 1979
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Volume II – Teoria geral dos contratos, São Paulo, Editora Jurídico – Atlas,
- VIANA, Nildo - Professor da UEG – Universidade Estadual de Goiás e Doutor em Sociologia/UnB. Disponível em <http://www.faculdadeanicuns.edu.br>

SITES VISITADOS:

- www.tst.jus.br
- www.trt1.gov.br
- www.trt3.gov.br
- www.tjdft.jus.br
- www.stj.jus.br
- www.wikipedia.com.br