



INFORMATIVO JURÍDICO

27 de junho de 2005 - Nº 21 – Ano 2

O USO DE E-MAIL NO AMBIENTE DO TRABALHO

O uso indiscriminado de correios eletrônicos por empregados, durante a jornada normal de trabalho e utilizando computador da empresa, têm gerado conflitos internos e demandas judiciais.

O avanço tecnológico, aliado a constante necessidade da troca rápida de informações e a falta de previsão legal sobre a matéria, têm causado controvérsia na jurisprudência sobre os limites na utilização de “e-mail” pelos empregados e a possibilidade legal dos empregadores rastream as mensagens transmitidas através de seus computadores.

Nessa discussão estão em jogo dois valores jurídicos: o *poder diretivo do empregador* e o *direito à intimidade do empregado*. Equacionar esta verdadeira colisão de direitos, têm sido tarefa árdua para o Poder Judiciário.

Na relação de emprego, a subordinação e o poder diretivo são dois lados da mesma moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção do empregador.

A doutrina define o poder diretivo como sendo a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida, na medida que o patrão tem o domínio dos meios de produção.

A própria definição de empregador, contida no art.2º da CLT, qualificando-o como aquele que “dirige” a prestação dos serviços dos seus empregados é o fundamento legal do poder diretivo.

O *poder diretivo* se subdivide em outros poderes de igual importância: *poder de organização*; *poder disciplinar* e *poder de controle*. Logo o poder diretivo do empregador implica não apenas o poder de dirigir a prestação de serviços do empregado, mas abrange, também, a possibilidade de fiscalização de tais serviços, e a disciplina dos mesmos, através da aplicação de penalidades, assim como visa estabelecer as estratégias e diretrizes de atuação da empresa no mercado.

A subordinação é a situação jurídica derivada do contrato de trabalho mediante a qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador no modo de realização da prestação de serviços.

Se é certo que o empregador possui o poder diretivo, não menos certo que o mesmo deve exercê-lo dentro de limites traçados pela própria lei, de sorte a preservar os princípios do Direito do Trabalho, a boa fé na execução do contrato e a dignidade do trabalhador.

O artigo 5º da Constituição Federal traça limites para o exercício do poder diretivo, ao afirmar que o patrão não pode: discriminar o trabalhador (incisos I e VIII); obrigá-lo a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei (inciso II); submetê-lo a tortura e a tratamento desumano ou degradante (inciso III); impedir a manifestação do seu pensamento (inciso IV); violar sua liberdade de consciência e crença (inciso VI), bem como a sua intimidade, honra, imagem e vida privada (inciso X); obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de o fazer (incisos XVI, XVII e XX); obstar o seu acesso à Justiça (incisos XXXIV e XXXV), dentre outros.

Na lição de *Amauri Mascaro Nascimento (Iniciação ao Direito do Trabalho, Ltr, pp.157/165)*, podemos identificar as restrições do poder diretivo do empregador em face dos seus diferentes tipos. Assim, quanto ao *poder de organização*, afirma que, por imperar o princípio da inalterabilidade das condições de trabalho, alterações unilaterais devem ter previsão legal. Quanto ao *poder disciplinar*, não se admite uma dupla punição para a mesma falta, inexistindo previsão legal de obrigatoriedade de gradação da pena. Quanto ao *poder de controle*, o mencionado autor dá exemplos de situações polêmicas, tais como as revistas pessoais e a colocação, no local de trabalho, de câmeras de circuito interno de televisão.

De tudo que já dissemos, extraímos a primeira conclusão. Dentre os três tipos de poder diretivo do empregador, o que mais possibilidade tem de entrar em choque com o direito à intimidade e à vida privada do empregado é o *poder de controle*, na medida que visa fiscalizar as atividades do empregado, a fim de aferir se as suas ordens estão sendo devidamente cumpridas.

Nesse passo, o uso pelos empregados dos equipamentos de propriedade do empregador e fornecidos para uso exclusivo em serviço, deve ser feito de modo responsável, respeitadas as diretrizes e normas internas da empresa, além dos princípios da boa-fé e do direito de propriedade.

No que tange aos correios eletrônicos, a escassa doutrina sobre a matéria tende a identificá-los como correspondência, apesar de o modo utilizado pela mensagem enviada pelo correio eletrônico ser completamente diferente do utilizado pelo correio tradicional.

Sandra Lia Simon, em relevante estudo sobre a matéria (*A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado, LTR pp.158/159*),

salienta que “o fato de não ter identidade com a comunicação postal não deixa o correio eletrônico desprotegido. O constituinte, já preocupado com o avanço tecnológico, no mesmo dispositivo que assegura o sigilo da comunicação postal protege, também, o sigilo da comunicação de dados (art.5º, inciso XII, da Constituição Federal).”

Aduz a referida autora, que a despeito de o “e-mail” utilizar a transmissão telefônica para o envio e recepção, não poderá ser interceptado, nos termos da Lei n.9296/96, em face da flagrante inconstitucionalidade do parágrafo único do art.1º, pois referido dispositivo apenas autoriza a interceptação das conversas por voz entre pessoas, o que não ocorre com as mensagens transmitidas por “e-mail”.

No que tange à utilização do “e-mail” no ambiente de trabalho, entendemos que o empregador poderá fiscalizar o uso, desde que forneça o computador ao empregado, em face do poder diretivo.

Vale lembrar que o empregador responde civilmente pelos prejuízos que seus empregados causarem a terceiros (art.932, inciso III, do Código Civil de 2002), razão pela qual torna-se recomendável o controle do uso dos correios eletrônicos no ambiente de trabalho.

A utilização de “e-mail” para assuntos particulares pode até mesmo ser proibida pelo empregador, desde que conste de regulamento interno ou de contrato escrito com o empregado.

No que tange a possibilidade de o empregador rastrear as mensagens transmitidas por seus empregados, entendemos que a referida prática é possível desde que haja razão motivadora.

No entender de *Sandra Lia Simon* (obra citada, p.161), “os e-mail particulares dos trabalhadores poderão ser checados, se houver fundado receio da prática de atividades irregulares ou ilícitas, já que as liberdades públicas não se prestam ao acobertamento destas. Não para interceptar a comunicação de dados (como equivocadamente permitiria o par.único, do art.1º, da Lei n.9296/96), mas sim para “vasculhar”, nos arquivos do computador, a existência das mensagens ilícitas ou irregulares”.

A jurisprudência têm sido escassa sobre o tema, valendo destacar um recente e inédito julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.613/2000.013.10.00.7, publicado no Diário da Justiça de 10.06.2005, que reconheceu o direito do empregador de obter provas para justa causa com o rastreamento do “e-mail” de trabalho do empregado. A Primeira Turma decidiu, por unanimidade, que não houve violação à intimidade e à privacidade do empregado e que a prova de que o empregado estava se utilizando de correio eletrônico corporativo para envio de fotos pornográficas aos colegas foi obtida por meio legal.

No referido julgamento, o relator, Ministro João Oreste Dalazen, enfatizou que o empregador pode exercer, “de forma moderada, generalizada e impessoal”, o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pela caixa do “e-mail” por ele fornecida estritamente com a finalidade de evitar abusos, na medida em que estes podem vir a causar prejuízos à empresa.

Após equiparar o correio eletrônico como ferramenta de trabalho e distinguir o “e-mail” corporativo do “e-mail” pessoal, discorreu o ministro que a sua utilização deve ser restrita a finalidade profissional, exceto se houver consentimento do empregador em seu uso para assuntos particulares, aduzindo que o “e-mail” corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o mesmo dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética.

De acordo com esta decisão inédita no TST, a senha pessoal fornecida pela empresa ao empregado para o acesso de sua caixa de e-mail “não é uma forma de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens”. Ao contrário, segundo o referido acórdão, ela serve para proteger o próprio empregador para evitar que terceiros tenham acesso às informações da empresa, muitas vezes confidenciais, trocadas pelo correio eletrônico. O relator admitiu a “utilização comedida” do correio eletrônico para fins particulares, desde que sejam observados a moral e os bons costumes.

Citando exemplos de casos ocorridos em outros países, em face da ausência de legislação específica sobre a matéria no Brasil, o ministro relator enfatizou que no Reino Unido, país que, segundo ele, mais evoluiu nessa área, desde 24.10.2000, pela Lei RIP (*Regulation of Investigatory Power*), os empregadores estão autorizados a monitorar os e-mails e telefonemas de seus empregados. A Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de proteção legal, mas não de forma absoluta, sufragando a tese de que o empregado, ao receber uma caixa de “e-mail” de seu empregador, não tem expectativa de privacidade quanto a ela, tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador.

A conclusão a que chegou o TST no mencionado julgado, a nosso ver perfeitamente correta, foi a de que os direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, dizem respeito apenas à comunicação estritamente pessoal. O “e-mail” corporativo é cedido ao empregado e por se tratar de propriedade do empregador a ele é permitido exercer controle tanto formal quanto material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema de informática.

A bem fundamentada decisão enfatizou também que o “e-mail” utilizado para atividades laborais não pode ser equiparado à correspondências postais e telefônicas, objeto da tutela constitucional do art.5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Diante da controvérsia que envolve o tema, pensamos que a melhor solução para que se evitem conflitos sobre a má utilização de “e-mail” pelos empregados é a inserção de cláusula específica em regulamento interno da empresa e nos contratos individuais de trabalho.

Sabendo o empregado previamente que existe uma norma interna sobre o assunto, será reduzida a probabilidade de existir conflito no curso da relação de emprego.

A via coletiva também é indicada, sendo conveniente que os atores sociais estabeleçam regras básicas de utilização de correios eletrônicos em acordo ou convenção coletiva de trabalho, no sentido de prevenir eventuais litígios, sendo medida preventiva enquanto não haja legislação própria sobre o tema.

Vale lembrar que o SETCESP vêm inserindo, há vários anos, em suas Convenções Coletivas de Trabalho, cláusula específica com o seguinte teor: *“Os arquivos de dados, as informações armazenadas eletronicamente, os sistemas de informações utilizados pelo empregado para o exercício de sua função, são de exclusiva propriedade da empresa, respondendo o empregado pelo uso incorreto e danos que causar à empresa.”*

Narciso Figueirôa Junior
Assessor jurídico do SETCESP