



Divulgação



## *O monitoramento eletrônico e as relações trabalhistas*

### **Alexandre Atheniense**

Advogado graduado pela UFMG, com especialização em Internet Law e Propriedade Intelectual (Berkman Center - Harvard Law School). Sócio do escritório Aristoteles Atheniense Advogados. Presidente da Comissão de Tecnologia da Informação do Conselho Federal da OAB. Coordenador e professor do curso de pós-graduação de Direito de Informática da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Coordenador da Comissão de Estudos da Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações (ABDI) em Minas Gerais. Autor do livro *Internet e o Direito* e co-Autor dos livros *Internet Legal* e *Manual de Direito Eletrônico e Internet*. Atua nas áreas de Direito Empresarial e Direito de Informática. Editor do blog “DNT - O Direito e as Novas Tecnologias” ([www.dnt.adv.br](http://www.dnt.adv.br)).

### **RESUMO**

A utilização de vários dispositivos de comunicação no ambiente empresarial por meio eletrônico pode resultar na transmissão ou acesso de dados sigilosos pelos empregados. Este problema resulta na necessidade de monitoramento eletrônico por parte dos empregadores. Este recurso vem suscitando discussões controversas sobre a violação ao direito de privacidade dos empregados. Neste artigo, serão analisados os fundamentos da licitude e dos limites do monitoramento eletrônico.

A atividade empresarial moderna está inserida em um contexto de extrema competitividade, com demandas crescentes por soluções rápidas e eficazes. O advento e a conseqüente consolidação das tecnologias de informação propiciaram o instrumental necessário para responder adequadamente a estas exigências apontadas. Somado a este fator, observa-se o decréscimo no custo de tais ferramentas, bem como a sua simplificação, permitindo,

dessa forma, uma abrangência dilatada de usuários, devido à sua maior acessibilidade.

Nesse diapasão, o implemento da tecnologia adentrou-se não somente nas linhas de produção, mas também em todos os setores da empresa. Esta incorporação deu-se de forma irreversível ao ponto de se constatar a dependência de atividades estritamente secundárias da empresa aos meios de informática e à tecnologia da informação em geral.

O correio eletrônico, especificamente, exerce papel imprescindível nesse cenário delineado. A comunicação veloz e eficaz que ele propicia, permitindo inclusive a incorporação de diversos documentos digitalizados, enseja benefícios imediatos e um prisma de possibilidades que não podem ser desprezados. Salienta-se ainda o baixo custo e o alcance que tal meio de comunicação se reveste, acarretando a adesão em massa em todo o ambiente empresarial.



A tecnologia como um todo é apta a fornecer inúmeras comodidades, mas não se pode ignorar que seu uso inadequado pode gerar danos de amplitudes consideráveis. No que tange às tecnologias da informação, desvios de finalidade podem ser facilmente constatados no âmbito das relações de trabalho, tanto no pólo do empregador, quanto no do empregado.

Sob a ótica do trabalhador, o meio de comunicação eletrônico pode ensejar a transmissão de dados sigilosos a competidores, bem como pode ser um mecanismo para a prática de diversos ilícitos, na seara cível e criminal. Em resguardo a esta constatação, o empregador utiliza variados instrumentos para viabilizar o monitoramento das atividades dos seus prepostos.

O chamado monitoramento eletrônico corresponde justamente à consecução dos meios disponíveis de vigilância com emprego de recursos tecnológicos. Este procedimento é plenamente viável quanto às mensagens eletronicamente transmitidas. Basicamente pode-se distinguir o monitoramento eletrônico em duas modalidades de controle. A vigilância pelo controle formal concretiza-se em programas que analisam aspectos externos da mensagem, tais como o destinatário, o título da mensagem e o registro das páginas visitadas. Via de regra, buscam-se indícios tecnológicos de diversas naturezas que correspondam a ultrapassagem do limite de conduta dos empregados.

Devemos entender que o espectro de monitoramento nas empresas atualmente extrapola o até então restrito controle das mensagens eletrônicas intercambiadas pelos empregados.

O efetivo monitoramento se dá até mesmo antes da efetiva contratação pelo departamento de recursos humanos, que traça um perfil do

candidato através da somatória das informações colacionadas a partir de sites de relacionamento. Estas informações cotejadas com os dados dos currículos enviados revelam hábitos inerentes a esfera privada dos candidatos.

Ressalte-se que estas informações tendem a possuir maior credibilidade pois são fornecidas graciosamente pelo usuário, além de fotos e vídeos que compõe este banco de dados interativo, muito mais atraente do que um breve resumo das atividades curriculares.

Nas empresas que se preocupam com a segurança da informação, constitui-se regra a adoção de política de segurança interna onde se impõe a criação de regras sistêmicas somadas às normas legais vigentes, de modo a delimitar com eficiência o limite da conduta no meio digital a ser concedido a cada empregado.

A publicidade desta política reduzida a um termo de adesão obrigatório, será fundamental para conversão em prova inconteste do poder diretivo dos empregados em discussões trabalhistas futuras.

Nesta política não se encontram apenas definidos o conteúdo ou site e serviços que serão vedados aos empregados, mas também o alcance do acesso permitido a rede interna e externa e os recursos que serão utilizados para este fim.

As ferramentas que permitem regular o uso seguro das informações estão se aperfeiçoando com o uso das identidades biométricas e certificação digital, de modo a deixar indícios inequívocos sobre o acesso e compartilhamento de materiais considerados como ilícitos.

Essa política demanda vigília e revisão permanente, seja no aspecto sistêmico quanto legal, uma vez que as ferramentas de interatividade na internet e no ambiente de trabalho

se aperfeiçoam a cada dia, não significando que inexistam suficiente proteção jurídica para tornar a captura destas informações pelo empregador como meio de prova ilícita a ser produzida em processos judiciais.

Impõe-se que o poder diretivo do empregado no ambiente de trabalho permita que este se traduza no maior número possível de logs que possam evidenciar todos os atos praticados pelos empregados a partir do momento que se conecta a infraestrutura tecnológica da empresa.

O monitoramento eletrônico ampara-se em diversos fundamentos legais. Primeiramente, menciona-se o poder de direção atribuído ao empregador (art. 2º da CLT), visando o controle e direcionamento da atividade desenvolvida pela empresa. Esta diretriz advém do próprio direito de propriedade, vinculando a determinação do uso e da fruição ao seu titular.

A influência da propriedade não se restringe àquela supra mencionada. Para a determinação de sua real abrangência, insta distinguir as duas modalidades de correio eletrônico disponibilizadas em um ambiente de empresa.

O chamado e-mail corporativo consiste no correio eletrônico fornecido pela empresa ao seu preposto. Há uma identificação direta com a empresa devido à adoção de nomenclatura do empregador, o chamado domínio na internet (por exemplo: fulano@empresabeltrana.com.br).

Já o denominado e-mail privado é aquele provido por ente alheio ao empregador. Não obstante, o acesso a tal meio de comunicação se concretiza apenas com a utilização da estrutura, do maquinário de propriedade da empresa.

Destarte, o e-mail corporativo pode ser facilmente caracterizado como ferramenta de trabalho, nos



termos do art. 458, §2º da CLT, e, como tal, tem sua função adstrita ao exercício da atividade laboral.

A função da senha e sua respectiva finalidade adquirem relevância neste contexto. A tentativa de descaracterização do e-mail corporativo como ferramenta de trabalho é impulsionada pelo argumento de que a senha fornecida ao empregador teria como propósito a garantia de sua privacidade frente ao seu empregador, bem como a terceiros. Não se pode olvidar o fato de que as senhas, nesta modalidade de correio eletrônico, são criadas e posteriormente fornecidas diretamente pelo empregador aos seus prepostos. O intuito nitidamente perceptível é o resguardo de informações pertinentes à empresa que são transmitidas por tal meio de comunicação, ocorrendo, por conseguinte, a proteção da atividade empresarial desenvolvida em face de terceiros e até mesmo do próprio empregado.

O conhecimento quanto à senha, destarte, decorre logicamente da própria estrutura do e-mail corporativo. Enfatiza-se que posicionamento contrário poderia até mesmo gerar obstáculos consideráveis à realização da atividade empresarial. Basta salientar o transtorno que o impedimento do empregado poderia causar. Seu afastamento, por qualquer motivo, poderia ensejar, no mínimo, a interrupção do curso normal do trabalho e a ausência de acesso a dados imprescindíveis.

São também fundamentos para a determinação da licitude do monitoramento eletrônico as inúmeras hipóteses legais de responsabilização do empregador pela conduta de seus prepostos. Nesta seara, menciona-se o art. 932, III do Código Civil que atribui a responsabilidade objetiva do empregador por fato de terceiro. O tipo penal previsto no art. 241, §1º, III do Estatuto da Criança e do

Adolescente quanto à transmissão de material envolvendo pedofilia por meio eletrônico. O crime de violação de direitos autorais disposto no art. 12 da Lei 9.609/98, também pode ser mencionado.

A atribuição de crime à conduta do empregado que viola segredo profissional (art. 154 do Código Penal), assim como o delito de concorrência desleal (art. 195 da Lei 9.279/96), da mesma forma incluem-se no rol de legítimos fundamentos para o monitoramento eletrônico. No entanto, o monitoramento eletrônico pode esbarrar em garantias fundamentais do cidadão, acarretando conflitos que passam a ser observados no Judiciário brasileiro.

Os argumentos formulados contrariamente ao monitoramento residem basicamente na proteção dada pela Constituição ao sigilo das comunicações (art. 5º, XII). Esta proteção constitucional é decorrência lógica de outra garantia fundamental: a privacidade (art. 5º, X).

A fixação da possível antinomia deve ser realizada com cautela. Os supostos óbices constitucionais ao monitoramento eletrônico cingem-se à vedação ao controle material das mensagens. A vigilância desenvolvida por meios de controle meramente formais não atinge a inviolabilidade tutelada pela Magna Carta e, portanto, nesta modalidade, não há que se falar em conflito de valores constitucionais.

Quanto ao controle material, diversas variáveis devem ser levadas em consideração. Inicia-se perquirindo a natureza jurídica do correio eletrônico. A controvérsia quanto a este ponto é presente na doutrina. Sua caracterização como correspondência torna-se pressuposto essencial para a corrente que pugna pela inviolabilidade de seu conteúdo.

Relevante a consideração de Kildare Gonçalves Carvalho (2004: 390) que assevera:

*“Quanto à inviolabilidade de correspondência, embora não haja, quanto a ela, previsão expressa no texto constitucional permitindo seja interceptada, deve-se entender possa ser quebrada naqueles casos em que venha a ser utilizada como instrumento de práticas ilícitas”.*

A perspectiva do citado constitucionalista encontra fulcro no princípio da proporcionalidade. Uma norma constitucional não deve prevalecer de forma abstrata e apriorística em relação à outra. Constatada a antinomia, esta se resolve por meio do princípio da proporcionalidade.

Contudo, a caracterização do correio eletrônico como correspondência não abrange o cerne da questão, podendo até mesmo ser considerada inócua. Mesmo que se repute o correio eletrônico como correspondência, os limites de sua proteção estão determinados na Lei 9.296/96, que regulamentou o aludido dispositivo constitucional.

O artigo 10 da mencionada lei ordinária estatui: *“Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.* A exegese da norma aponta a permissividade do monitoramento desde que haja autorização judicial ou se esteja munido por uma finalidade legalmente tutelada. Neste ponto urge o reforço dos inúmeros fundamentos legais apresentados para o monitoramento eletrônico, atribuindo legitimidade ao seu implemento, desde que adstrito aos objetivos apresentados.

O Tribunal Superior do Trabalho manifestou-se quanto ao tema no RR 613, publicado em 10/06/2005. Esta importante decisão reconhece a legalidade do monitoramento do e-mail



corporativo. Pertinente a vinculação do monitoramento ao controle realizado “de forma moderada, generalizada e impessoal”. O desvio destes objetivos configura abuso de direito (art. 187 do Código Civil), viabilizando inclusive a reparação civil.

A garantia da inviolabilidade das comunicações nos termos supra descritos funda-se na proteção ao direito à privacidade, como já assentado. Portanto, sua correta definição torna-se imprescindível para a solução do conflito posto. Costumeiramente, aborda-se o tema da privacidade pela delimitação de sua abrangência, deslocando-se do ponto essencial da questão.

Mesmo a doutrina que procede à perspectiva do direito adstrita a sua amplitude reconhece a relativização de seu conteúdo, moldado segundo algumas especificidades. Alexandre de Moraes (2000: 74) estabelece os parâmetros para tal restrição: “*Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexos causal com a atividade profissional realizada*”.

Da mesma forma, pondera José Afonso da Silva (1996: 204) ao distinguir os aspectos da vida da pessoa: “*A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública*”.

O conteúdo abrangido pela privacidade é de relevante determinação, entretanto, a limitação a este aspecto foge do núcleo do problema. A privacidade consiste em essência,

não ao seu conteúdo em si. Refere-se ao poder atribuído ao seu titular de autodeterminar a exteriorização do conteúdo que abrange o próprio conceito de privacidade. O conceito colacionado por José Afonso da Silva (1996: 202) é de precisão irreparável, caracterizando a privacidade como “*o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito*”.

Nestes termos, não se cogita de violação à privacidade pelo simples fato de ocorrer o conhecimento de terceiro quanto a elemento intrínseco à esfera íntima do indivíduo. A ofensa à privacidade exige o cerceamento na faculdade do titular em determinar os destinatários de tais informações<sup>1</sup>.

Esta noção, aplicada à problemática do monitoramento eletrônico, produz efeitos imediatos em sua resolução. Fixa-se a premissa que o e-mail corporativo, como ferramenta de trabalho que é, restringe-se à transmissão de mensagens pertinentes à atividade laboral desenvolvida. Admitido este pressuposto, tem-se que o monitoramento eletrônico é legítimo, pois seu objeto de incidência não alcança conteúdo da esfera privativa do empregado.

Assim, o ambiente proporcionado pelo e-mail corporativo é desprovido de qualquer expectativa de privacidade. O envio de mensagens com conteúdo íntimo não caracteriza violação da privacidade, devido à cognição do empregado, quanto à natureza do meio de comunicação

utilizado. Não ocorreu, neste caso, subtração ao poder de autodeterminação do preposto como já ressaltado, restando, incólume, a sua privacidade.

Não obstante a predisposição do e-mail corporativo como ferramenta de trabalho e as já expostas consequências advindas de tal imputação, a conduta das partes é elemento idôneo à modificação destas características. O contrato de trabalho demanda que a atuação de seus figurantes seja pautada pela boa-fé. O dever de informação insere-se plenamente neste instituto.

A vedação expressa ao uso particular do e-mail corporativo e a previsão do monitoramento eletrônico de tal meio de comunicação, disposta no contrato de trabalho ou em termo aditivo (art. 444 da CLT), não somente qualifica a conduta do empregador como fiel, mas também torna inequívoco o comportamento esperado do empregado.

É notório que o direito do trabalho (material e processual) possui, como um de seus princípios regentes, o da proteção. A inércia do empregador, acrescida de demais variáveis relevantes, pode caracterizar sua anuência tácita quanto ao uso particular do correio eletrônico, sendo esta perspectiva reforçada pelo princípio acima apresentado.

A repercussão do aludido aceite tácito modifica a própria natureza do correio eletrônico. Admitida sua utilização para fins alheios à atividade laboral, tem-se criada a legítima expectativa do empregado quanto ao respeito de informações pertinentes à sua esfera íntima, suscitando a

<sup>1</sup> A título de exemplo menciona-se a seguinte situação: um indivíduo que procede a um diálogo com seu amigo, abordando aspectos de sua intimidade, em um elevador lotado de passageiros não tem sua privacidade violada. Apesar destas informações alcançarem terceiros, este fato ocorreu sem mácula à sua faculdade de autodeterminação.





necessidade de um ambiente de privacidade. Como não há modo de se aferir aprioristicamente a natureza do conteúdo da mensagem, senão pela sua averiguação, o monitoramento eletrônico (material como já enfatizado) neste contexto deve ser reputado ilícito.

Em síntese, o usuário de e-mail privado detém expectativa de privacidade quanto a este meio de comunicação, ensejando assim a proteção do conteúdo das mensagens transmitidas. Já o e-mail corporativo, a princípio, poderia ser objeto de controle material desde que não caracterizada a aceitação tácita pelo empregador para fins distintos da atividade laboral.

Torna-se assim aconselhável que o empregador proíba o uso do correio eletrônico corporativo para fins diversos. Caso a política da empresa deseje permitir o uso privado, o caminho mais sensato seria a exigência de que as mensagens privadas sejam transmitidas por e-mail privado. Este

posicionamento é facilmente realizado tendo em vista os inúmeros provedores que oferecem tal serviço gratuitamente na internet.

De todo modo, optando o empregador a permitir seus prepostos a utilizarem o e-mail corporativo para fins privados, o monitoramento eletrônico somente torna-se sustentável caso se estabeleça um horário rígido para a veiculação de tais mensagens. Neste lapso temporal facultado ao empregado, por consectário lógico, o monitoramento eletrônico é veementemente proibido.

Quanto a qualificação das provas obtidas com o monitoramento, a licitude daquelas é determinada pela validade deste. Ou seja, o resultado de um monitoramento validamente realizado (nas hipóteses já devidamente arroladas) pode ser perfeitamente utilizado para a instrução probatória em eventual lide.

A despeito de se viabilizar as provas obtidas pelo monitoramen-

to nas hipóteses acima delineadas, o uso de e-mail corporativo para fins privados não acarreta por si só a possibilidade de rescisão do contrato por justa causa. A jurisprudência tem exigido a demonstração de prejuízo ao desenvolvimento normal do trabalho ou idoneidade dos atos para causarem danos à empresa<sup>2</sup>.

As questões envolvendo o monitoramento eletrônico ainda podem ser consideradas incipientes. Somado a este fato, tem-se o envolvimento de um complexo de valores de grande apreço no bojo constitucional, o que acaba por acirrar a controvérsia. Inúmeras decisões judiciais conflitantes foram prolatadas, cenário este que felizmente tende a ser sanado com a já mencionada decisão do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema. Espera-se a observância deste precedente para que se estabeleça maior segurança jurídica nas relações de trabalho.

## Referências

- ARAÚJO, L. A. D. *A correspondência eletrônica do empregado e o poder diretivo do empregador*. In: Revista de direito constitucional e internacional. v.40. São Paulo: 2002.
- BARROS, A. M. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- BELMONTE, A. A. *O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. In: Revista LTr, v. 68, n.9. São Paulo: LTr, 2004.
- CARVALHO, K. G. *Direito constitucional*. 10 ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FERRAZ JR, T.S. *Sigilo de dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In: Cadernos de direito constitucional e ciência política. n. 19. São Paulo: 2002.
- LEITE, C. H. B. *Curso de direito processual do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- PECK, P. *O mau uso da tecnologia e a falta de observância da arquitetura legal geram riscos desnecessários para as empresas*. Disponível em: <http://www.serpro.gov.br/noticiasSERPRO/200521406>. Acesso: 25/08/2006.
- SILVA, J. A. da *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SOUZA, M. c. m. de. *E-mail (... net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado*. Kplus. Disponível em: <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>. Acesso em: 29/11/2006.

2 “Justa causa. Email não 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 um único email enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa” (TRT-SP n. 2000034734, rel. Fernando Antônio Sampaio da Silva).