

DO MONITORAMENTO DE E-MAILS DOS EMPREGADOS COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS ATIVOS IMATERIAIS DO EMPRESÁRIO

Frederico Antonio Oliveira de Rezende*

RESUMO

Os ativos imateriais do empresário podem constantemente ser usurpados e violados pelos empregados por meio do envio de correspondências eletrônicas. Os objetivos desse estudo cingem-se especialmente à demonstração de quais as hipóteses em que será possível o monitoramento do e-mail corporativo, sem que haja violação aos direitos da personalidade dos empregados da empresa, analisando-se as formas em que o monitoramento do e-mail vem sendo admitido pela doutrina e pela jurisprudência.

Palavras-chave: Correio eletrônico; Sociedade da Informação; Informática jurídica; correspondência – inviolabilidade; e-mail corporativo; ativos imateriais - proteção

ABSTRACT

The intangible assets of the Company may be usurped and constantly violated by employees through the sending of electronic correspondence. The objectives of this study is confined to particular demonstration of the assumptions on which it is possible the monitoring of corporate e-mail, without any infringement on the rights of the personality of employees of the company. In addition, we will examine in which ways the tracking of the email has been admitted by doctrine and the case law.

* Advogado; membro do Comitê Penal do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - CESA; Professor do Curso de Direito da UniFMU; mestrando em Direito pela UniFMU; membro efetivo da Comissão de Direito na Sociedade da Informação da OAB SP;.

1. INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação, notadamente com o advento dos computadores e da Internet, implicou numa verdadeira revolução sobre os comportamentos e atividades dos seres humanos, cujos reflexos impõem uma preocupação constante aos empresários com a proteção de seu banco de dados e correspondência eletrônica da empresa, uma vez que estes compõem elemento importante de tutela aos seus ativos imateriais.

De fato, é relevante ponderar que não apenas informações sigilosas, de cunho íntimo e privado, são circuladas por meio do correio eletrônico, mas principalmente ativos intangíveis do empresário, que podem ser usurpados indevidamente, de modo que o monitoramento de e-mails corporativos no ambiente laboral é medida imperiosa de proteção aos ativos imateriais da empresa. Acresça-se que o capital intelectual assume um papel cada vez mais expressivo no cenário empresarial, de modo que sua proteção deve representar uma meta ao empresariado.

Como afirma Roberto Senise Lisboa,

o capital intelectual se constitui em um dos tópicos mais importantes do mundo negocial da atualidade, ao lado da gestão do conhecimento. Percebeu-se, afinal, que os ativos tangíveis das organizações – dinheiro, terrenos, prédios, instalações, equipamentos e outros itens do balanço patrimonial – são muito menos valiosos que os ativos intangíveis – patentes, direitos autorais, bens da era da informação (como bancos de dados e softwares), e, ainda, capacidades, culturas, habilidades etc.¹

Com efeito, no presente artigo, caberá uma análise acerca das modalidades e possibilidades da quebra do direito à privacidade e intimidade e o monitoramento de computadores e de e-mails, sem, contudo, descuidar do fato de que eventual devassa indevida de tais conteúdos gerará responsabilidade civil àquele que devassar indevidamente o sigilo das comunicações por meio de correspondência eletrônica.

Diante de tal quadro, iremos tentar delinear as razões que possibilitam o monitoramento dos e-mails corporativos, em cotejo com a proteção aos direitos da personalidade – intimidade e privacidade, a fim de demonstrar, justamente, que deve haver o equilíbrio entre os direitos envolvidos, com vistas à manutenção e tutela dos ativos intangíveis do empresário.

2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E CORRESPONDÊNCIAS

Iniciaremos pela análise dos preceitos dispostos na Constituição Federal de 1988, que em seu Título II, previu os direitos e garantias fundamentais do homem, constando deste relevante rol os direitos individuais e coletivos, ligados ao conceito de pessoa humana e sua própria existência.

Em primeiro plano, o sigilo das comunicações pessoais protegido pela Constituição Federal, assumiu um espectro muito mais amplo, desde o final do século XX, uma vez que as mensagens eletrônicas veiculadas pela rede mundial de computadores, vêm, rapidamente, substituindo as correspondências epistolares.

Do mesmo modo que, os bancos de dados, no cenário empresarial, se tornaram indispensáveis para o bom andamento dos negócios empresariais, uma vez que reúnem praticamente tudo que o empresário necessita para o bom andamento de seus negócios, tornando-se um relevante e vultoso ativo intangível em termos econômicos.

Impende destacar que, a Constituição Federal de 1988 previu em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais do homem,

¹ in O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129.

constando deste relevante rol os direitos individuais e coletivos, umbilicalmente adstritos ao conceito de pessoa humana e sua própria existência.

Dentre eles, a Constituição Federal tutelou o direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e de dados, consoante dispõe o artigo 5º, inciso XII, *in verbis*:

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 e instrução processual penal;

Vê-se, pois, que o legislador constituinte procurou de sobremaneira resguardar o direito de comunicação dos seres humanos e dos dados por estes mantidos, sem que houvesse qualquer sorte de ingerências, com vistas a preservar, em última análise, o próprio direito do indivíduo em relação a sua privacidade e intimidade.

Entretanto, há que se salientar que a despeito dos direitos ora em tela terem sido alçados à categoria de direitos e garantias constitucionais, não se tratam de direitos absolutos.

Assim, afora a exceção explícita à regra da inviolabilidade de correspondência, relativamente à interceptação telefônica, a lei ou a decisão judicial poderão, em hipóteses excepcionais, promover a quebra da inviolabilidade de dados e das correspondências, com o objetivo de salvaguardar o interesse público e impedir a propagação de práticas ilícitas.

Nesse contexto, emerge necessário destacar que no cenário empresarial do século XXI, os ativos imateriais do empresário representam, por vezes, a porção mais significativa de sua propriedade e capital. Os exemplos de tais ativos imateriais se avultam ao infinito, *verbi gratia*, o *know how*, as estratégias de mercado, o banco de dados de clientes, os *softwares*, bem como o real estado econômico da empresa, razão pela qual o empresário deve gozar de mecanismos hábeis à sua tutela e proteção.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A noção a respeito da conceituação do direito de intimidade e de privacidade nos moldes hodiernos, é relativamente recente. No início, as duas noções se confundiam, podendo-se dizer que havia tão-somente uma diferenciação entre a esfera pública e a esfera privada.

Todavia, hoje, podemos claramente dividir a vida social do indivíduo em duas esferas, quais sejam, a pública e a privada. Dentro da vida privada, podemos dividi-la em dois campos distintos e ambos tutelados constitucionalmente, que seria a privacidade e a intimidade.

Nesse sentido, com muita propriedade se apresenta a lapidar distinção delineada por Luis Alberto David Araújo, ao diferenciar os direitos fundamentais da privacidade e intimidade, *in verbis*:

Podemos vislumbrar, assim, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o 'eu' e os 'outros', de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interpersoalidade da vida privada.

Os exemplos poderão elucidar as diferenças. As relações bancárias de um indivíduo estão dentro do círculo da privacidade. Da mesma forma, seus relacionamentos profissionais, assim como o rol de seus clientes. Por outro lado, os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a

orientação sexual compõem o universo da intimidade.²

Portanto, constata-se que tanto a privacidade, como a intimidade, embora distintas entre si, constituem direitos da personalidade dos cidadãos e que deverão ser tutelados em face de ingerências indevidas em seu correio eletrônico e informações constantes de seu computador.

Todavia, emerge consignar que não se tratam de direitos absolutos, devendo haver a aplicação do princípio da proporcionalidade nas hipóteses em que estejam em confronto com outros direitos igualmente fundamentais, tal como o direito de propriedade do empresário, bem como quando estiverem sendo utilizados para propagar práticas ilícitas em face dos ativos imateriais da empresa.

4. DO MONITORAMENTO DE *E-MAILS* (CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA), COMO MEIO DE TUTELA E PROTEÇÃO DOS ATIVOS IMATERIAIS DO EMPRESÁRIO

A comunidade jurídica tem discutido amplamente a questão atinente à inviolabilidade da informação contida nas mensagens eletrônicas – *e-mails* – e inúmeras indagações têm surgido, bem como reflexões acerca da falta de legislação no que tange ao tema no Brasil.

Aliado à questão em testilha, impende-nos destacar que o monitoramento das mensagens eletrônicas enviadas pelos empregados, no ambiente laborativo, além de ser um importante mecanismo para aferir a sua produtividade, tem o condão de evitar práticas ilícitas perpetradas pelo trabalhador, que poderiam não só prejudicar e violar a honra e imagem do empresário, mas também usurpar os ativos imateriais deste, tais como, *know how*, estratégias de mercado, banco de dados de clientes, *softwares*, dentre outros.

Nesse desiderato, discute-se acerca da possibilidade da interceptação da comunicação eletrônica, tal como ocorre nas comunicações

telefônicas, ou seja, desde que atendido o disposto no artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna.

O dispositivo normativo em questão preconiza ser “*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 e instrução processual penal.*”

Todavia, com a devida vênia, discordamos do entendimento de que o trabalhador goza de privacidade e intimidade no ambiente laboral, máxime, em se tratando de troca de correspondências eletrônicas por meio de e-mail corporativo, haja vista que tal instrumento é de titularidade da própria empresa e deve ser tutelado como meio de proteção aos seus ativos imateriais.

A questão relativa à intervenção no correio eletrônico da empresa têm gerado acalorados debates no meio jurídico, discutindo a polêmica no que tange à possibilidade ou não do empregador monitorar os *e-mails* enviados pelos empregados por meio dos equipamentos informáticos da empresa e do correio eletrônico desta.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão no sentido de admitir suscitado monitoramento, consoante se vê da ementa abaixo transcrita:

“EMENTA: RESOLUÇÃO CONTRATUAL. SISTEMA DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENVIO DE FOTOS PRONOGRÁFICAS. SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF. Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do

² ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 110;

poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482). (TRT-DF-RO 0504/2002)- Acórdão 3ª Turma.”

Não é outro o recente entendimento firmado pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que rejeitou o recurso de um trabalhador, mantendo sua demissão por justa causa, ao entender que se o empregado utiliza o e-mail corporativo para assuntos particulares, seu acesso pelo empregador não representa violação de correspondência pessoal, nem tampouco de privacidade ou intimidade, uma vez que se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pela empresa para utilização no trabalho, consoante se vê do aresto infratranscrito, *in verbis*:

O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas.

A concessão, por parte do empregador, de caixa de e-mail a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho.

Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do e-mail corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se,

pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada, respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à Internet, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei.

Por tais razões, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa.” (AAIR – 1542/2005-055-02-40; Publicação: DJ – 06/06/2008; 7ª Turma TST; Rel. IVES GANDRA MARTINS FILHO)

Por outro vértice, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, já prolatou decisão com entendimento contrário, no sentido de que, ainda que a correspondência eletrônica seja enviada por computador da empresa, isso não lhe retira a qualidade de correspondência pessoal e sigilosa, consoante acórdão e excertos do voto abaixo transcritos:

Justa Causa. E-mail 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 e-mail, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.

E-mail 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).

Entendemos que o empregador poderá exercer o controle tecnológico sobre seus trabalhadores, 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. Vale ressaltar 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”.(Acórdão nº 2000000387414 - Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região - Acórdão publicado no DO. SP de 08.08.2000.Processo TRT/SP nº 2000034734-0)

Destarte, podemos notar que a solução mais justa e coerente para o caso foi a de que o *e-mail* se trata de uma ferramenta de trabalho, as mensagens enviadas por meio deste não se qualificarão como um espaço privado, habilitando os empregadores a promover ao rastreamento de tais comunicações.

Ademais, é mister repisar que o e-mail corporativo nada mais é do que aquele cedido aos trabalhadores da empresa para o fiel desempenho de suas atividades laborais. Tal ferramenta é criada pela própria empresa, valendo-se de seus servidores, agregando-se o nome de domínio à extensão da correspondência eletrônica. Assim, a título exemplificativo, uma empresa cujo nome empresarial seja “XYZ Ltda.”, fornecerá como ferramenta de trabalho aos seus funcionários, o endereço eletrônico “nome do funcionário@xyzltda.com.br”.

Portanto, o empregado somente terá acesso a tais correspondências eletrônicas enquanto figurar como funcionário da empresa, sendo certo que na hipótese de ocorrer o fim da relação de trabalho, o endereço de e-mail fornecido ao funcionário será sumariamente apagado do servidor da empregadora.

Não obstante, é vital salientar que a vinculação do nome da empresa ao e-mail corporativo poderá ensejar prejuízos de ordem material e moral à empregadora na hipótese do mau uso pelos seus funcionários. Não podemos olvidar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência epistolar em papel timbrado da empresa.

Desta feita, posicionamo-nos no sentido de que o monitoramento de e-mail corporativo não representa ingerência na intimidade ou vida privada do empregado, uma vez que é uma ferramenta de uso exclusivo para o trabalho, de propriedade da empresa empregadora e, portanto, o empregado deve restringir o seu uso às matérias afetas às atividades laborais, como envio de propostas de negócios, respostas às solicitações de superiores hierárquicos, consumidores, dentre outros assuntos vinculados ao empreendimento.

De qualquer forma, impende alertar que o empregador deve consignar de forma clara e expressa, no contrato de trabalho, que as correspondências eletrônicas enviadas por meio dos equipamentos e *email* da empresa, poderão ser objeto de rastreamento e monitoramento, para fins de aferição de produtividade, dentre outras formas de controle.

Conclusivamente, podemos perceber que a análise da questão é causuística, não havendo, até o presente momento, um entendimento jurisprudencial pacífico acerca do tema. Porém, é certo que o advento das novas tecnologias da informação devem implicar em fomento constante à atividade empresarial e devem viabilizar a proteção dos ativos imateriais do empresário, sem contudo, implicar na supressão de direitos da personalidade do empregado, ou ainda, de qualquer cidadão.

5. CONCLUSÃO

A Sociedade da Informação, aliada às novas tecnologias de comunicação, culminaram em mudanças drásticas no cotidiano dos indivíduos. Podemos verificar diuturnamente que os ativos imateriais, nos mais diversos ramos da empresarialidade, assumiram um papel de extrema relevância e magnitude em termos pecuniários, que demandam constante tutela e proteção.

Assim ao focar a questão do monitoramento de e-mails corporativos, como forma de proteção dos ativos empresariais, não podemos mais adotar uma visão tradicional ou absoluta dos conceitos de intimidade e privacidade. Com o advento dos novos meios de comunicação, é fundamental reavaliar tais conceitos. A questão deverá sempre ser avaliada causuisticamente, sem, contudo, se ceifar o direito de intimidade e privacidade do usuário, que devem permanecer sendo tutelados como direitos e garantias fundamentais encartados em nosso Constituição Federal.

Com efeito, o correto entendimento acerca da matéria é no sentido de que no ambiente do trabalho o trabalhador não está no ambiente privado e íntimo de seu lar, valendo-se de ferramentas de trabalho de propriedade do empregador, razão pela qual não há se falar

em violação de sua privacidade ou intimidade ao se monitorar os e-mails enviados. Trata-se, na verdade, de corolário da subordinação existente na relação de emprego aliada à proteção ao nome e honra da própria empresa.

Isto posto, é plenamente viável o monitoramento dos e-mails corporativos dos funcionários de uma empresa, justamente como forma de tutela dos ativos imateriais desta, uma vez que o uso indiscriminado desta ferramenta de trabalho pelos funcionários, pode implicar na perpetuação de prejuízos manifestos ao empresário, consoante já exemplificado no presente artigo,

É necessário que a sociedade seja colocada a par do tema, para que todos os indivíduos se tornem protagonistas dos efeitos sentidos em seu cotidiano, sendo posicionados e informados. Até mesmo porque, somente assim terão a possibilidade de manifestar sua vontade perante o legislativo e gozar da segurança e credibilidade que deve emergir de um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, deve-se buscar o controle e o regramento relativamente ao monitoramento comunicações eletrônicas e bancos de dados constantes de equipamentos informáticos, porém, com o devido cuidado e debate, afim de se evitar e obstaculizar uma forma de desenvolvimento intelectual, social e tecnológico.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato Eletrônico no Novo Código Civil e no Código do Consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2004.
- ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001.
- CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet**. Coimbra: Livraria Almedina.
- LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) e outros. **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. **Direito & Internet vol. II – aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e Informática: Uma Abordagem Jurídica sobre Criptografia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi (coordenadora) e outros. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação**. Lisboa: Quid Juris?, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck, **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SHAW, Paul, **E-Business Privacy and Trust**, Ed. John Wuley & Sons, Inc., 2001.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na Internet: um Enfoque Jurídico**. Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coordenadores). **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto e LUCCA, Newton de. **Direito Empresarial Contemporâneo**. 2ª. edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.