

O PODER DE CONTROLE DO EMPRESÁRIO SOBRE OS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO NA EMPRESA E OS SEUS LIMITES

Manuel Bellido Aspas*

I INTRODUÇÃO¹

O mundo trabalhista não está alheio às inovações tecnológicas nem às mudanças que estas produzem nos comportamentos, costumes e condutas dos cidadãos que integram a nossa sociedade.

Deste modo, nas últimas décadas, um mundo cada vez mais globalizado e interdependente viu como os avanços tecnológicos na seara das comunicações modificavam os hábitos das pessoas. Basta pensar na generalização do uso do telefone celular, que permite aos seus usuários uma conexão praticamente contínua durante a totalidade das horas do dia, ou o incremento irrefreável na utilização da *internet* e do correio eletrônico que facilitam a transmissão de informação e conhecimento numa velocidade e distância anteriormente desconhecidas.

Esses avanços tiveram uma repercussão imediata no mundo empresarial. Por um lado, incorporando esses novos meios de comunicação ao processo produtivo das empresas, tanto facilitam a comunicação com os clientes, fornecedores ou competidores quanto aos próprios trabalhadores, conseguindo uma maior eficácia. Por outro, multiplicando a criação de empresas destinadas, de maneira direta ou indireta, a prestarem ou fornecerem esses serviços de telefonia móvel ou de *internet*.

Todavia, num primeiro momento, se as empresas tão-somente viam as vantagens que essas novas tecnologias proporcionariam - diminuição de custos, rapidez na transmissão de dados e informações, mobilidade dos trabalhadores, desaparecimento das barreiras nacionais etc. - o certo é que a generalização de seu uso fez aflorarem graves problemas que requerem novas soluções.

Dentre esses problemas, e sem querer ser exaustivo, podem-se mencionar: a diminuição da produtividade dos trabalhadores pelo uso de ferramentas informáticas para fins privados, prejuízos causados à imagem da empresa por correios eletrônicos enviados para fora por trabalhadores, congestionamento de sistemas informáticos por causa de um uso maciço do correio eletrônico ou o *download* de programas de *internet*, risco de contágio por vírus informáticos e a utilização do correio em atividades ilícitas (assediar, injuriar, competir deslealmente, etc.).

Ante a gravidade desses problemas, o empresário se vê na necessidade de realizar um controle desses meios de comunicação que constituem meios de produção da empresa. Porém esse controle não pode ser ilimitado e sim deve respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores como a intimidade e o sigilo das comunicações, protegidos no art. 18.1 e 3 do Estatuto dos Trabalhadores.

* Magistrado Social.

¹ N.T.:As abreviações STS, STC, SSTC (plural de STC) e STSJ significam respectivamente: "Sentencia(s) del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Superior de Justicia". Optei por traduzir o "sentencia" como "acórdão", como são chamadas as decisões colegiadas dos tribunais no Brasil, assim o "S" de "*sentencia*" fica substituído pelo "A" de "acórdão", ficando as abreviações da seguinte maneira: ATS, ATC e ATSJ.

Todavia o difícil equilíbrio entre o controle empresarial desses novos meios de comunicação e o respeito aos direitos legítimos dos trabalhadores se agrava pela falta de uma regulamentação trabalhista específica que venha a detalhar as condições de uso dessas ferramentas tecnológicas, tanto na sua vertente profissional quanto na privada, quando tiver sido autorizada esta última, bem como os limites do controle empresarial.

Para tratar dessas questões, é que foram destinadas estas linhas, embora limitando os meios de comunicação objeto de estudo ao uso da *internet* e do correio eletrônico, com diferenças que serão assinaladas, deixando de fora o controle empresarial sobre o uso de comunicações telefônicas.

II MODALIDADES DE USO DO CORREIO ELETRÔNICO E DA *INTERNET*

Esses novos meios de comunicação são instrumentalizados por meio dos computadores que o empresário põe à disposição dos trabalhadores para a prestação de serviços. Constituem, portanto, meios de produção da empresa, destinados às suas atividades produtivas, de tal maneira que o controle empresarial sobre o seu uso se faz lógico e necessário, tanto para comprovar se a utilização que, dos computadores, fazem os trabalhadores, ajusta-se à finalidade perseguida quanto para controlar os conteúdos e resultados da prestação de serviço.²

A natureza de meios de produção empresarial que têm os computadores fornecidos pela empresa faz supor que, em princípio e pela lógica, o seu uso é destinado a desenvolver as atividades produtivas da empresa, isto é, prioriza-se um uso profissional e não pessoal do empregado que o opera.

Todavia essa conclusão acaba sendo uma simplificação excessiva, porquanto o ambiente das relações trabalhistas não se configura como um compartimento estanque, desvinculado dos usos e costumes sociais predominantes numa determinada época, por mais que, na relação de trabalho, exista uma dependência do empregado em relação ao empresário. Isso significa que existe um uso privado dos novos meios de informação e comunicação dentro da empresa que é socialmente aceito, como já acontecia antes com o telefone. Não é por acaso que o correio eletrônico e a *internet* sejam o equivalente moderno do que antigamente acontecia com o telefone ou os jornais. Ninguém se surpreende, hoje em dia, que se possa fazer um uso moderado desses no horário de serviço.³

² O ATS de 05.12.03 (RJ 2004/313), num caso que tem por objeto uma empresa de *telemarketing*, aceita a legitimidade de um controle empresarial consistente em ouvir e gravar aleatoriamente conversas telefônicas entre empregados e clientes. O controle teria como finalidade verificar o conteúdo dos telefonemas e classificá-los, “para corrigir os erros de técnica comercial e pôr à disposição tudo o que for necessário para tanto, inclusive com a realização de cursos de formação, comentando diretamente, sempre depois da sua participação, o resultado com o trabalhador controlado para o seu comentário e sempre na página Web do empregado.”

³ Exceto se concorresse alguma circunstância excepcional, dificilmente se confirmaria, por via judicial, uma sanção empresarial grave, em particular, a dispensa, imposta a um trabalhador por dar um telefonema de caráter pessoal no local de trabalho ou por consultar, por uns minutos, as notícias do jornal, desde que não afete o bom desempenho da sua atividade. O mesmo ocorrerá no caso de uma utilização não-abusiva do correio eletrônico ou da *internet*.

A diferença entre o aceitável e o inaceitável encontra-se no uso não-abusivo dessas ferramentas eletrônicas para atender a finalidades particulares. Essa distinção, exceto nos casos em que prejudicar de modo evidente a empresa, nem sempre é fácil, mas é preciso estar atento às circunstâncias concorrentes em cada caso. Não obstante, para evitar esses problemas, as empresas, cada vez mais freqüentemente, começam a estabelecer códigos de conduta que delimitam os usos permitidos ou proibidos, as conseqüências disciplinares dos descumprimentos e os protocolos de utilização dos computadores.

Por outro lado, não é estranho, na atualidade, algumas empresas permitirem, junto ao uso profissional, um uso privado do correio eletrônico, dotando o trabalhador de duas contas diferentes. Já vem ocorrendo assim com o telefone celular ao se permitir a utilização daquele que foi fornecido pela empresa com ambas finalidades; bastando, para isso, utilizar um duplo "pin" em função de um uso profissional ou privado. Como veremos mais adiante, os direitos em jogo e as faculdades de controle do empresário são diferentes em cada um dos usos permitidos.

III DIREITOS FUNDAMENTAIS EM JOGO

O controle empresarial sobre o correio eletrônico e sobre a *internet* tem influência nos direitos fundamentais dos trabalhadores, em particular no direito à intimidade e ao sigilo das comunicações. Do mesmo modo, pode afetar o direito à liberdade sindical, na sua vertente de direito à informação sindical. Por outro lado, o empresário deve respeitar a dignidade humana dos trabalhadores no exercício das suas faculdades de direção e controle, tal como exige o art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores. Embora a dignidade da pessoa a que se refere o art. 10.1 da Constituição Espanhola não constitua um direito fundamental suscetível de proteção autônoma, ela só se opera em relação aos direitos fundamentais propriamente ditos.

Essa influência, como assinalou o Tribunal Constitucional⁴, não desaparece com a celebração de um contrato de trabalho, conservando o trabalhador subordinado os direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão, podendo obter proteção contra eventuais violações por meio do processo trabalhista.

Vejamos, embora sucintamente, a incidência que o controle empresarial tem sobre os direitos mencionados.

⁴ ATC 88/1985, de 14 de agosto (REC 1985/88):

A celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão, [...] e cuja proteção fica garantida contra eventuais lesões mediante o impulso de oportunos meios de reparação que, no âmbito das relações de trabalho, instrumentam-se, na atualidade, por meio do processo trabalhista. Nem as organizações empresariais formam mundos separados e estanques do resto da sociedade nem a liberdade de Empresa, estabelecida no art. 38 do texto constitucional, legitima que aqueles que prestam serviços naquela por conta e sob a dependência dos seus titulares devam suportar privações transitórias ou limitações injustificadas de seus direitos fundamentais e liberdades públicas, que têm valor central e nuclear no sistema jurídico constitucional.

A) Direito à intimidade

O direito à intimidade implica “a existência de um ambiente próprio e reservado contra a ação e vigilância de terceiros; necessária, conforme as pautas da nossa cultura, para manter uma mínima qualidade de vida humana”.⁵ Esse direito é reconhecido no art. 18.1 da Constituição Espanhola e no art. 8 da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos, que garante a toda pessoa o direito ao respeito à vida privada e familiar, proibindo a ingerência que não for justificada por razões de segurança, bem-estar econômico, defesa da ordem, prevenção contra infrações penais, proteção à saúde, à moral ou a direitos e liberdades de terceiros.

No âmbito da empresa, o trabalhador tem direito à proteção do direito à intimidade no uso do correio eletrônico e na navegação pela *internet*. Esse é um direito louvável, apesar de se configurarem os computadores como meios de produção da empresa destinados a atividades produtivas, e isso porque a generalização do seu uso na vida social, à qual não pode estar alheia a empresa, faz com que se admita socialmente um uso privado moderado, não-abusivo, destes meios de comunicação e informação no âmbito das relações trabalhistas que, por sua vez, gera uma expectativa de confidencialidade no trabalhador que o faz achar que não será objeto de controle empresarial.

Todavia, como também estabeleceu nosso Tribunal Constitucional,

o direito à intimidade não é absoluto, como não o é nenhum dos direitos fundamentais, podendo ceder ante interesses constitucionalmente relevantes, desde que a redução que ele tiver de experimentar revele-se necessária para conseguir um fim legítimo previsto e proporcional para alcançá-lo e que, em todo caso, seja respeitoso para com o conteúdo essencial do direito.⁶

É por isso que o direito à intimidade não pode se tornar um obstáculo para o controle empresarial dos computadores da empresa quando previamente tiverem sido advertidos os trabalhadores das condições de seu uso, em particular, da proibição de uso privado e da possibilidade da sua fiscalização. Nessas hipóteses, a utilização pelo trabalhador do correio eletrônico ou da navegação na *internet* para fins particulares, contrariando as instruções empresariais, não gera, portanto, “uma expectativa razoável de intimidade” suscetível de tutela judicial nos termos estabelecidos nos acórdãos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 25.06.97 (caso Halford) e 03.04.07 (caso Copland) para avaliar a existência de lesão do art. 8 da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos.⁷

⁵ ATC 186/2000, de 10 de julho.

⁶ Acórdãos do Tribunal Constitucional 98/2000 de 10 de abril e 186/2000 de 10 de julho com menção ao ATC 57/94 de 28 de fevereiro. As duas citadas primeiramente referem-se à instalação de sistemas de câmeras de vigilância na empresa.

⁷ Tal como se extrai do importante acórdão do TS de 26.09.07 (rc. 966/2006), ao qual se fará referência em diversas ocasiões ao longo deste trabalho.

B) Direito ao sigilo das comunicações

No que diz respeito ao direito de sigilo das comunicações, apesar de tradicionalmente vir sendo excluído de aplicação nas relações trabalhistas⁸, pode também ser violado pelo controle empresarial. Todavia a sua aplicação é mais problemática e limitada do que a do direito à intimidade.

Por um lado, em se tratando de um direito que pressupõe uma comunicação, fica evidente que tão-somente pode ser violado mediante o uso do correio eletrônico, mas não pela navegação na *internet*, na qual não existe comunicação propriamente dita entre um emissor e um receptor, nem nos de arquivos pessoais do trabalhador, diferentemente daqueles próprios do correio eletrônico. Nessas hipóteses, a violação de direitos fundamentais só pode atingir a intimidade do trabalhador afetado pelo monitoramento.

Por outro, naquelas hipóteses em que o trabalhador está perfeitamente consciente das utilizações permitidas, da proibição expressa do uso privado; é, pelo menos, discutível se as comunicações que realizar o trabalhador por meio do correio eletrônico profissional da empresa poderão ser consideradas como comunicações privadas. Nessas hipóteses, dificilmente o empresário poderá ser considerado como um terceiro alheio à comunicação, requisito imprescindível para se entender que foi violado o direito ao sigilo das comunicações, que somente protege o processo comunicativo contra a interceptação ou divulgação por um terceiro.⁹ Evidentemente, desde que o empresário, em caráter anterior ao controle do correio, seja consciente do caráter privado da comunicação; a interceptação e acesso ao conteúdo da comunicação precisarão de autorização judicial (art. 18.3 CE) ou do consentimento não viciado do trabalhador, por haver proteção do direito ao sigilo das comunicações.

Tratamento diferente recebem aquelas hipóteses já mencionadas em que a empresa proporciona aos trabalhadores uma dupla conta de correio eletrônico, profissional e privada. Nesses casos é vedada à empresa a interceptação do conteúdo das mensagens enviadas ou recebidas por meio da conta privada, recebendo o empresário a condição de terceiro não legitimado para a intromissão. Se se considerar prejudicado pela conduta do trabalhador, resta-lhe a possibilidade de solicitar autorização judicial para a intervenção do correio ou entrar com um

⁸ No acórdão 70/2002 de 3 de abril, o Tribunal Constitucional reconhece que

certamente os avanços tecnológicos que, nos últimos tempos, produziram-se no âmbito das telecomunicações, especialmente em conexão com o uso da informática, tornam necessário um novo entendimento do conceito de comunicação e do objeto de proteção do direito fundamental que estenda a proteção a esses novos âmbitos, como se extrai precisamente do conteúdo literal do art. 18.3 CE.

⁹ O acórdão do TSJ da Catalunha de 6 de junho de 2003 (AS 2003/2272) entende que um correio eletrônico não é particular - apesar do seu conteúdo exclusivamente privado - por ele ter sido enviado do computador da prefeitura, para a qual presta seus serviços a autora, e direcionado, não a pessoas do seu círculo pessoal, mas ao endereço eletrônico de outra prefeitura.

processo penal, se os fatos tiverem relevância suficiente para tanto.¹⁰

Todavia qualquer utilização de uma conta privada de correio pelo trabalhador, apesar de ter sido autorizada pelo empresário, que puder ocasionar prejuízos a este último, cabe suscitar se o controle empresarial pode atingir, não o conteúdo dos correios, mas, sim, o exame de outros dados que permitirem identificar um uso abusivo do correio particular tais como número de correios enviados ou recebidos, destinatários, o tempo empregado, o tamanho dos correios ou arquivos anexos, etc. Mesmo quando esse controle for discutível, dado que o próprio Tribunal Constitucional vem considerando que o conceito de “sigilo” que aparece no artigo 18.3 CE não cobre só o conteúdo da comunicação, mas, também, outros de seus aspectos como, por exemplo, a identidade subjetiva dos interlocutores ou dos correspondentes, em consonância com a jurisprudência do TEDH - acórdão de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*. O fato é que introduziu algumas precisões, ao estabelecer - nos acórdãos 123/2002 de 20 de maio e 56/2003 de 24 de março -, que a ingerência no direito fundamental ao sigilo das comunicações é menor nessas hipóteses em que se monitoram dados acessórios à comunicação do que quando se monitora o seu conteúdo, “sendo este dado especialmente significativo em relação à ponderação da sua proporcionalidade”. Essa solução parece ser a mais correta na procura de um equilíbrio entre o legítimo direito do empresário de realizar um controle sobre o uso dos computadores da empresa para evitar prejuízos e a proibição de se fazer uma ingerência inadmissível nos direitos fundamentais dos trabalhadores, ajustando-se ao controle de proporcionalidade constitucional, que exige que qualquer medida restritiva de direitos fundamentais seja idônea, necessária e proporcional.

C) Direito à liberdade sindical

No acórdão 281/05, de 07 de novembro, o Tribunal Constitucional caracteriza o direito à transmissão de informação sindical, previsto no art. 8.1.“c” da Lei Orgânica n. 11/1985, de 2 de agosto, sobre Liberdade Sindical, como um elemento essencial do direito à liberdade sindical; concluindo que, naquelas hipóteses em que uma empresa tem um sistema de correio eletrônico instalado, não pode proteger-se no seu direito de propriedade sobre as ferramentas de trabalho para impedir a sua utilização como meio de transmissão da informação sindical, deixando sem conteúdo o direito fundamental à liberdade sindical de que forma parte, como se indicou, o direito de transmitir e receber informação sindical.

É por isso que o estabelecimento por parte da empresa de controles que tornem ineficaz o direito de transmitir e receber informação sindical, sem suficiente justificativa, poderia violar o direito fundamental à liberdade sindical. Todavia, como o próprio Tribunal Constitucional acolhe no seu acórdão, esses sistemas informáticos foram criados para atender a finalidades empresariais preponderantes sobre a ação sindical, pelo que, na utilização concreta do correio eletrônico para a transmissão de informação sindical, a empresa poderá estabelecer modelos ou requisitos de utilização que evitem qualquer prejuízo empresarial ou a assunção de um custo econômico maior.

¹⁰ Nesse sentido, pronuncia-se o acórdão do TSJ da Andaluzia (Sevilha) de 9 de maio de 2003 (AS 2003/2840).

D) Respeito à dignidade do trabalhador

Por último, as medidas de fiscalização e controle do empresário devem sempre respeitar a dignidade do trabalhador por uma exigência não só do art. 10 da Constituição Espanhola, que a caracteriza como um dos fundamentos da ordem política e da paz social, mas também como imposição do art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores, que exige do empresário o respeito à dignidade humana do trabalhador na adoção e aplicação de medidas de vigilância e controle. Como veremos mais adiante, o procedimento de fiscalização do uso que os trabalhadores fazem dos computadores da empresa exigirá a adoção de procedimentos que respeitem a dignidade dos trabalhadores afetados.

IV LIMITES AO CONTROLE EMPRESARIAL

Como já se assinalou no começo deste artigo, um dos principais problemas para delimitar o controle empresarial dos meios informáticos de comunicação e informação é determinado pela escassa regulamentação legal existente. Desta maneira, os únicos preceitos do Estatuto dos Trabalhadores que compõem o contexto legal básico da matéria tratada são o art. 20.3, em virtude do qual “o empresário poderá adotar as medidas que achar mais oportunas de vigilância e controle para verificar o cumprimento pelo trabalhador das suas obrigações e deveres trabalhistas; tendo, na adoção e aplicação, a consideração devida para com sua dignidade humana e tendo em conta a capacidade real dos trabalhadores deficientes neste caso”, e a alínea “a” do art. 5 do mesmo Corpo Legal que, em caráter muito geral, impõe aos trabalhadores, como um dos seus deveres básicos, o de “cumprir as obrigações concretas do seu posto de trabalho de acordo com as regras de boa-fé e diligência”.

Como se pode ver, trata-se de uma regulamentação geral, não pensada para resolver os problemas específicos que podem ser suscitados na seara das novas tecnologias, de acordo com a data de redação da norma estatutária, na qual não se tinham generalizado os problemas atuais. Por outro lado, é mister reconhecer que os avanços tecnológicos sempre estão à frente das leis e fica difícil estabelecer marcos legais estáveis sobre matérias que evoluem muito rapidamente. Todavia seria desejável uma regulamentação legal mais detalhada, pelo menos, sobre os aspectos básicos do uso dos instrumentos informáticos e dos limites do controle empresarial.

Contudo, quiçá, a via mais adequada para regular esta matéria seja por meio da negociação coletiva. São as convenções coletivas, em particular as de empresa, a via legal mais adequada para regulamentar as utilizações permitidas e proibidas, bem como as conseqüências disciplinares do descumprimento e os meios de controle e fiscalização a serem estabelecidos pelo empresário. Essa regulamentação convencional permite às partes negociadoras adequarem-se às características concretas de cada empresa: o seu tamanho e capacidade econômica, o setor de atividade e desenvolvimento tecnológico etc. Em todo caso, essa regulamentação deve se sujeitar a duas premissas básicas: por um lado, o legítimo direito de o empresário controlar o adequado uso das ferramentas e meios técnicos, de outro, a necessária salvaguarda dos direitos à intimidade e ao sigilo das comunicações dos trabalhadores e à sua dignidade humana.

Com base no que foi dito, pode-se começar a conhecer os limites que o empresário deve respeitar no controle dos meios informáticos.

1. Controle empresarial de acordo com a boa-fé

Na prestação de serviço originada do contrato de trabalho, não só é o trabalhador que está sujeito a cumprir as obrigações próprias do seu local de trabalho de acordo com as regras da boa-fé e diligência, como também o empresário deve exercer o seu poder de direção e controle respeitando os mesmos princípios. Assim estabelece o art. 20.2 do Estatuto dos Trabalhadores ao dispor que "o trabalhador e o empresário se submeterão, nas suas prestações recíprocas, às exigências da boa-fé".

Esta exigência de boa-fé no controle empresarial requer, como já se adiantou ao se tratar do direito à intimidade, que os trabalhadores tenham conhecimento das condições de uso das ferramentas informáticas e, em particular, das práticas proibidas e também da possibilidade de o uso do computador ser objeto de controle e fiscalização por parte do empresário, de tal maneira que os controles não constituam uma surpresa para o trabalhador, que pode ter agido na crença de que o uso particular do correio eletrônico ou da navegação na *internet* era aceito pela empresa ou, pelo menos, não estava sujeito a controle algum¹¹, de tal maneira que um controle de surpresa constituiria uma intromissão inaceitável na intimidade do trabalhador.

Esse conhecimento das condições de uso do correio eletrônico e da *internet*, bem como dos controles a que estão sujeitos, atinge-se estabelecendo códigos de conduta normalmente inseridos nas convenções coletivas, mas que também podem incorporar-se ao contrato de trabalho mediante um anexo. Outra possibilidade é a de dar ampla divulgação dentro da empresa (quadro de avisos, distribuir uma circular aos trabalhadores, etc.). Com os atuais meios técnicos, é possível, inclusive, aos programas informáticos instalados, avisar o trabalhador das práticas proibidas ao fazer uso deles.

No que diz respeito às condições de uso, o normal é a empresa autorizar um uso amplo e geral do correio eletrônico para usos profissionais com a obrigação excepcional de obter autorização para usos também profissionais que excederem os habituais e puderem gerar algum risco para a empresa (*v.g.*, envios em massa ou de especial complexidade). No entanto, costuma-se proibir o uso do correio eletrônico ou a navegação na *internet* com finalidade privada, embora esta proibição geral se refira fundamentalmente a um uso abusivo, tolerando-se, em muitos casos, um uso privado moderado identificando e detalhando tão-somente condutas concretas que forem terminantemente proibidas, seja pelo seu caráter ilegal ou ofensivo (falsificação de mensagens, envio de material ofensivo, inapropriado, com conteúdos discriminatórios ou que promovam o assédio sexual ou moral ou incitem a violência, etc.), seja por prejudicarem diretamente a organização ou funcionamento

¹¹ Tal como se extrai do acórdão do TSJ da Comunidade Valenciana de 19.07.05 (AS 2005/3205).

da empresa (envios de correios em massa com arquivos anexos de tamanho excessivo que interferirem ou congestionarem as comunicações, etc.).¹²

Do mesmo modo, especificam-se, nas convenções coletivas, as faltas que podem ser cometidas mediante o uso dessas ferramentas informáticas e as correspondentes sanções.

Como já foi adiantado ao se tratar dos direitos fundamentais, é necessário respeitar, no controle empresarial das ferramentas informáticas, o conhecimento por parte do trabalhador dos usos permitidos e proibidos e da possível fiscalização ou auditoria dos computadores. Isso impede o trabalhador descumpridor das instruções empresariais de poder se proteger na existência de uma “expectativa razoável de intimidade” digna de proteção, dado que é perfeitamente consciente de que a utilização privada e abusiva que realiza do correio eletrônico ou da *internet*, mediante a utilização de meios de produção da empresa, é proibida e pode ser controlada.

2. Controle empresarial razoável e justificado

A popularização do uso do correio eletrônico e da *internet* em todos os meios, inclusive o trabalhista, cria nos trabalhadores uma expectativa de confidencialidade, pelo menos quando o uso privado que realizam não é abusivo nem ilegal, de tal maneira que o controle empresarial não pode ser abusivo nem arbitrário. Dados os direitos fundamentais em jogo, intimidade e sigilo das comunicações, parece lógico exigir que o controle ou monitoramento dos computadores exija que existam indícios ou suspeitas de um uso indevido.¹³

Contudo não cabe descartar um controle genérico ou aleatório, se este for do conhecimento dos trabalhadores e for justificado pela necessidade de verificar o correto funcionamento dos sistemas informáticos da empresa ou da adequada prestação de serviços, especialmente, no caso de empresas que atenderem seus clientes ou prestarem serviços por meio do correio eletrônico ou da *internet*. Neste sentido, é que foi prolatada a decisão do nosso Tribunal Supremo sobre as empresas de *telemarketing*.¹⁴

3. Controle empresarial necessário e proporcional

No caso do controle empresarial dos meios de comunicação e informação, como em todos aqueles em que se produz um choque de direitos, é imprescindível que as medidas que forem adotadas para restringir direitos fundamentais superem o juízo constitucional de proporcionalidade.¹⁵

¹² Um exemplo desse tipo de regulamentação, utilizando a convenção coletiva, é a da empresa Telefónica de España SAU nos anos de 2003/2005, cláusula 21.5 (BOE de 16.10.03).

¹³ Assim é o entendimento, dentre outros, dos acórdãos dos TSJ da Comunidade Valenciana de 19.07.05 (AS 2005/1343) e da Cantábria, de 26.08.04 (AS 2004/2513).

¹⁴ ATS de 05.12.03 (RJ 2004/313), ao qual já se fez referência na nota 3 no pé de página.

¹⁵ A ele se referem os ATC 186/2000, 37/1998 a 207/1996. Assim também foi decidido em acórdãos trabalhistas como os prolatados pelo TSJ da Catalunha de 22.07.04 (EDJ 2004/93282) e o TSJ de Madri de 13.05.03 (AS 2003/3649).

De acordo com esse juízo, é necessária a ação limitadora preencher três requisitos:

- a) Ser suscetível de conseguir o objetivo proposto (juízo de idoneidade).
- b) Ser necessária, de tal maneira que não exista outra menos limitadora do direito e permita atingir os mesmos fins (juízo de necessidade).
- c) Ser atuação ponderada ou equilibrada, por derivarem-se dela mais benefícios ou vantagens para o interesse geral do que prejuízos sobre outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido estrito).

Como assinalou o Tribunal Constitucional em diversos acórdãos, em particular em hipóteses similares como as relativas à instalação de sistemas de câmara de vigilância, as decisões judiciais que conhecerem destes casos devem proceder a uma ponderação adequada que respeite a correta definição e avaliação constitucional do direito fundamental em jogo e das obrigações trabalhistas que podem modulá-lo.

Estas limitações ou modulações têm de ser as indispensáveis e estritamente necessárias para satisfazerem um interesse empresarial merecedor de tutela e proteção, de maneira que, se existirem outras possibilidades de satisfazer tal interesse menos agressivas e que afetem o direito em questão, terão de empregar-se estas últimas e não aquelas mais agressivas e afetadoras. Trata-se, em definitivo, da aplicação do princípio de proporcionalidade.¹⁶

Ante a existência de indícios de um trabalhador estar efetuando um uso indevido do correio eletrônico, o empresário deverá avaliar as circunstâncias concorrentes, tais como as suspeitas ou indícios de uso indevido existentes, a possível gravidade das condutas e os prejuízos que podem derivar para a empresa, dentre outras, adotando aqueles meios de controle menos lesivos aos direitos do trabalhador e que permitam atingir o fim proposto. Da sua parte, o órgão judicial que, nesse caso, vier a conhecer da demanda interposta pelo trabalhador, também deverá avaliar todas as circunstâncias concorrentes: o fim perseguido com a instalação de mecanismos de controle, a sua justificativa, o conhecimento por parte dos trabalhadores, a atividade à que se dedica a empresa etc., com o objetivo de determinar se se produziu uma violação do direito fundamental.

Dentro dos programas de controle do uso do correio eletrônico que possa instalar o empresário, serão preferíveis aqueles direcionados a discriminar o caráter profissional ou privado das mensagens enviadas, o número destas, os destinatários, o tempo dedicado à atividade, etc., deixando para aquelas hipóteses em que for estritamente necessário e admissível o possível controle do conteúdo das mensagens.

¹⁶ Acórdãos TC 98/2000 de 10 de abril e 186/2000 de 10 de julho já mencionados na nota 7.

4. Controle empresarial sujeito a um procedimento que garanta os direitos do trabalhador e que respeite a sua dignidade como pessoa

Por último, o controle das comunicações informáticas deve se submeter a procedimentos que permitam a máxima transparência e evitem que o trabalhador fique sem defesa, respeitando a sua dignidade. A respeito disso, diversas decisões judiciais das Turmas Sociais dos Tribunais Superiores de Justiça¹⁷ vinham exigindo a aplicação analógica do procedimento previsto no art. 18 do ET para a revista dos escaninhos e objetos particulares do empregado, isto é: a presença de um representante dos trabalhadores no horário de trabalho e o respeito à dignidade e intimidade do trabalhador.

A extensão desse preceito ao monitoramento dos computadores acaba sendo problemática, já que se trata de um meio de produção da empresa, de maneira que o empresário tem o direito de verificar, nos computadores, o correto cumprimento da prestação de serviço. No entanto os escaninhos são espaços exclusivamente pessoais dos trabalhadores cedidos pela empresa, de maneira que, mesmo quando esta cessão estiver vinculada ao contrato de trabalho, fica à margem do seu cumprimento e dos poderes empresariais do art. 20 do ET.

Essa importante diferença levou a que outros acórdãos¹⁸ considerassem que o caráter de meio de propriedade empresarial que têm os computadores não permite atribuir-lhes o caráter de privacidade que, entretanto, sim têm os escaninhos e outros espaços pessoais dos empregados, de maneira que o seu controle não requer sujeitar-se aos requisitos do art. 18 do ET.

A questão foi resolvida pelo acórdão já comentado do TS de 26.09.07, que não considera aplicável a essas hipóteses os limites e garantias previstos no art. 18 do ET. Em síntese, as razões expostas pelo Alto Tribunal são:

1^a. A revista dos escaninhos ou dos objetos pessoais do trabalhador vai além do poder de direção e controle da atividade trabalhista que concede ao empresário o art. 20.3 do ET e se justifica na necessidade de proteger o patrimônio empresarial e dos demais trabalhadores. Todavia, em se tratando dos computadores da empresa, a legitimidade do controle deriva do seu caráter de instrumento de produção, de maneira que o empresário deve controlar o seu uso para verificar se ele se ajusta às atividades laborais da empresa. Também deve verificar os conteúdos e resultados da prestação de serviço.¹⁹ Existem, além do mais, outros motivos

¹⁷ Acórdãos do TSJ da Cantábria de 26 de agosto e 20 de fevereiro de 2004 (AS 2004/2513; EDJ 2004/44109, respectivamente); acórdão do TSJ da Catalunha de 22 de julho de 2004 (EDJ 2004/93282); acórdão do TSJ da Andaluzia (Málaga), de 25 de fevereiro de 2000 (AS 2000/562).

¹⁸ Entre outros, os acórdãos do TSJ de Madri de 13 de novembro de 2001 (AS 2002/471) e do TSJ da Catalunha de 5 de julho de 2000 (AS 2000/3452).

¹⁹ O ATS 26.09.07 menciona outro acórdão da mesma Turma, de 05/12/03, sobre *telemarketing*, que admitiu a legalidade do controle empresarial consistente em ouvir e gravar aleatoriamente as conversas telefônicas entre os trabalhadores e clientes para corrigir erros de técnica comercial, a que já se fez referência.

genéricos que justificam o controle empresarial: coordenar e garantir a continuação da atividade trabalhista em caso de ausência dos trabalhadores (pedidos, relações com os clientes...), proteção do sistema informático da empresa que pode se ver afetado por determinados usos, prevenção de responsabilidades empresariais contra usos indevidos ou ilícitos, etc.

2ª. Os requisitos ou garantias do processo de revista exigidos pelo art. 18 do ET: que a revista se realize no local e no horário de trabalho, e na presença de um representante legal dos trabalhadores ou, na sua falta, de outro trabalhador da empresa; não devem aplicar-se em relação à proteção da intimidade do trabalhador, mas considerar-se como limitações que tornam menos gravosa a possibilidade excepcional de o empresário poder monitorar o trabalhador ou os seus objetos pessoais e escaninhos, além de garantias de objetividade e eficácia da prova, como estabelece também o art. 569 do LECRM para intervenções similares.

Portanto essas garantias não têm sentido no controle normal dos meios de produção da empresa.²⁰ Questão distinta é a de, embora não sendo necessárias para a validade do controle, serem convenientes para assegurar a prova obtida e esclarecerem qualquer dúvida acerca da sua possível manipulação, tanto na obtenção quanto na posterior custódia, até a apresentação perante um órgão judicial. Assim sendo, no momento de proceder ao monitoramento do computador, o mais correto é estar presente um representante legal dos trabalhadores e o próprio atingido. Também pode fazer-se na presença de um funcionário com fé pública tal como um tabelião. Deste modo, a guarda e custódia da informação obtida - normalmente no disco duro do computador - deverão garantir a sua integridade, já que normalmente feita perante o tabelião, obtendo-se uma cópia idêntica para levá-la a juízo, de tal maneira que sempre haja a possibilidade de uma contraprova pericial, confrontando-a com o original não manipulado.

V CONSEQÜÊNCIAS DO USO INDEVIDO PELO TRABALHADOR DOS MEIOS INFORMÁTICOS DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO

As conseqüências da utilização indevida pelo trabalhador do correio eletrônico e da *internet* podem dar ensejo à sua responsabilidade disciplinar, que abrangerá desde uma sanção até a dispensa disciplinar. Para isso, será necessário que a conduta do trabalhador possa se enquadrar dentro de algum dos descumprimentos contratuais previstos no art. 54.2 do ET e que reúna os pressupostos de gravidade e culpabilidade.

²⁰ O ATS 26.09.07 também faz referência à ausência do trabalhador afetado no momento do monitoramento do computador, dado que a sentença da Vara Social, que deu ensejo ao recurso, considera-a atentatória à dignidade do próprio trabalhador. O acórdão do Tribunal Supremo entende que a presença do trabalhador no momento do monitoramento, exigida não só pelo art. 18 do ET, mas também pelo art. 20.3 do ET e, de modo geral, consubstancial a todas as formas de controle empresarial, não pode ser vinculada ao respeito à dignidade humana. O fato de o trabalhador não estar presente ao controle não pode ser considerado atentatório à sua dignidade.

Embora a casuística dos nossos tribunais seja muito variada, o motivo de dispensa mais alegado pelo empresário é o de infringir a boa-fé contratual, além do abuso de confiança no desempenho do trabalho (art. 54.2.d do ET), por ser o de mais fácil comprovação, incluindo-se dentro desta alínea diversas hipóteses. Todavia, em certas ocasiões, também se alegou a desobediência às ordens empresariais (art. 54.2.b do ET) naqueles casos em que o trabalhador faz um uso do correio eletrônico ou da *internet* expressamente proibido pelo empresário²¹ e, inclusive, poder-se-ia pensar na alegação da causa prevista na alínea “e” do mesmo preceito, a diminuição contínua e voluntária do rendimento do trabalho normal ou pactuado, naquelas hipóteses em que o trabalhador se dedica a navegar na *internet* ou a enviar e receber correios eletrônicos privados em horário de trabalho.

Contudo, como já se insistiu ao longo deste trabalho, existe um uso privado moderado desses meios de comunicação e informação socialmente aceito. Por isso, e por meio da aplicação por nossa jurisprudência social da teoria gradualista quanto à dispensa, que exige, ao avaliar a legitimidade da máxima sanção trabalhista, que haja uma proporcionalidade entre as circunstâncias relativas ao fato e ao autor e a sanção a se impor. Não bastará normalmente a mera utilização privada desses meios informáticos para justificar a dispensa, mas será necessário que a conduta do trabalhador se revista de gravidade suficiente. Nesse sentido, salvo se concorrerem outras circunstâncias que evidenciem a gravidade, deve-se exigir um uso abusivo que exceda o simples uso excepcional. Tudo isso sem prejuízo de se poder impor outra sanção que não dispensa naquelas hipóteses de a conduta do trabalhador não atingir a necessária gravidade. Essa sanção deverá estar suficientemente tipificada.

VI CONCLUSÃO

A utilização de novas tecnologias de comunicação no ambiente trabalhista abre um importante leque de possibilidades com grandes vantagens, tanto para as empresas quanto para os trabalhadores, embora não esteja isenta de dificuldades e problemas que deverão ser solucionados à medida que forem suscitados, atendendo a duas premissas básicas as que já se fez referência: o legítimo controle do empresário sobre os meios de produção da empresa e do conteúdo da prestação de serviço e o respeito aos direitos dos trabalhadores.

Embora a rapidez dos avanços tecnológicos dificulte uma regulamentação legal estável, o ordenamento trabalhista conta com a vantagem da negociação coletiva, que permite regulamentar as condições de uso das ferramentas informáticas e os meios de controle empresarial, adequando-os à técnica informática. São as convenções coletivas que são chamadas a regulamentar, no futuro, os códigos de conduta a se seguirem no uso das ferramentas informáticas.

²¹ ATSJ da Catalunha de 05.07.00 (AS 2000/3452).

Até esses códigos de conduta se generalizarem, há que se contentar com a escassa regulamentação legal existente e com a interpretação que dela se faz nos tribunais sociais, em particular, na jurisprudência do Tribunal Supremo, buscando o sempre difícil equilíbrio entre os interesses e direitos contrapostos que entram em jogo.

Tradutor: Dalton Ricoy Torres