

ASPECTOS POLÊMICOS DA FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR NO MONITORAMENTO DO USO DA INTERNET PELO EMPREGADO

CONFLICT BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION AND COPYRIGHT

*Adriana Cavalcante de Souza Schio**

Resumo: A internet representou um imenso avanço na agilização da comunicação e constitui uma ferramenta de trabalho extremamente preciosa. Todavia, a internet apresenta também o mundo a quem o acessa, não apenas para fins profissionais, mas de relacionamento, de informação, lazer e diversão. Com a abertura do acesso, há muitas vezes confusão entre os períodos de trabalho e de lazer. Há, assim, muitas vezes, um desvirtuamento da ferramenta, a qual pode ser monitorada pelo empregador. Ao mesmo tempo que a internet constitui ferramenta útil para o desenvolvimento profissional e do trabalho, constitui também instrumento de informação e mesmo de desenvolvimento pessoal, mas seu uso durante o trabalho é passível de fiscalização pelo empregador. Há colisão, assim, de direitos da privacidade do empregado, à informação e do outro lado, inegável o direito de o empregador delimitar e fiscalizar seu uso. Cumpre analisar assim alguns matizes do papel de cada uma das partes da relação empregatícia e sua conduta diante do uso e controle da utilização da internet.

Palavras-chave: Privacidade. Controle. Fiscalização pelo empregador.

Abstract: This article analyzes the similarities between land *enclosures* and the limited access to education and knowledge in face of strict protection copyright laws in Brazil. The article analyzes the essential social function of copyright considering the fundamental right to education which includes access to good quality information, understood as an important aspect of social and cultural development and therefore an element that allows for the achievement of the process/aim of the right to education. Considering the history of copyright and intellectual property right and an analysis of the right to education that are assured by the constitution, the article analyzes the conflict between the two rights.

Keywords: Right to Education. Intellectual property right.

* Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).
E-mail: <adrianaschio@hotmail.com>

1 Introdução

A transmissão eletrônica de informações por meio de uma rede mundial de computadores (internet) é fato que marcou o final do século XX e início do século XXI. É rápido, em verdade, quase instantâneo e, além disso, é relativamente seguro. Atualmente, cada vez mais brasileiros têm acesso à internet, seja em seus locais de trabalho, seja em *lan houses* ou *cyber cafês*, seja em suas residências.

A notável dinamicidade e economia de tempo e dinheiro que a comunicação instantânea via internet traz (seja via sistemas de Skype, MSN ou mesmo correio eletrônico) justifica a pertinência de seu uso no ambiente profissional. Do outro lado, como o ambiente cibernético cria um mundo em que é possível estabelecer comunicações pessoais desde sistemas de correspondência eletrônica até por meio de redes sociais, há a possibilidade de desvirtuar seu uso durante o trabalho para finalidades diversas. Em consequência desse panorama, é pertinente analisar a possibilidade de o empregador fiscalizar a utilização por seus empregados.

Todavia, como nenhum poder é ilimitado e a matéria é nova, cumpre analisar quais os limites do uso das ferramentas, considerando a legislação posta, mas a partir dos novos pressupostos que atendem ao avanço tecnológico da sociedade. A proposta é uma breve análise da colisão do direito à informação e como direito fundamental que é, bem como os limites de fiscalização do empregador sobre o uso da internet como ferramenta de trabalho.

2 O uso das ferramentas tecnológicas

Conforme dados do Ibope/Nielsen Online¹ em julho de 2009, o Brasil possui 44,5 milhões de internautas e seus acessos à internet se dão ou em casa ou no trabalho – um total de 64,5 milhões de usuários, se considerados todos os ambientes.¹ Tal fenômeno é delineado pontualmente por Bruno Lewicki (2001, p. 19):

O *boom* da Internet, a partir do meio da década de 1990, deve muito ao ambiente corporativo. Cientes da extrema utilidade da rede mundial de computadores e das inúmeras facilidades que proporciona – sendo o e-mail uma das principais –, as empresas buscaram rapidamente incorporar a inovação. Em países como o Brasil, onde a estrutura de telecomunicações ainda primava pela obsolescência e o acesso à internet era oferecido, em seus primórdios, apenas por provedores relativamente caros, foi no ambiente de trabalho que uma boa parte das pessoas travou seu primeiro contato com este novo mundo.

Com a abertura do acesso, muitas vezes há confusão entre os períodos de trabalho e de lazer. Com isso, há uma redução do tempo de lazer, já que é possível ao indivíduo se contatar ao trabalho mesmo de seu computador em casa, mas há também um fenômeno denominado *cyberslacking* ou *goldbricking*, que representa o uso das ferramentas de trabalho (computador, conexão à internet, *softwares*) para finalidades dissociadas do trabalho. A relevância de tal

¹ Informação retirada do sítio eletrônico: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=cald&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=62A33B253477B58783257619004BD15C>. Acesso em: 10 set. 2009.

fenômeno pode ser ilustrada com os números que Mark Gimein² apontou na revista *Newsweek*: a conclusão é que *cyberslacking* custaria US\$ 1 bilhão por ano. É evidente a relevância de se analisar o panorama da sociedade e analisar o controle e seus limites.

Assim, para controlar o uso das ferramentas disponíveis, os empregadores cada vez mais utilizam o monitoramento de correio eletrônico e de acessos a *sites* na internet, como, por exemplo, por meio de bloqueio de páginas da *web* (*proxy servers*) e retenção de mensagens (anti-spam). Todavia, é de se perquirir se é todo e qualquer desvio da ferramenta que é passível de controle e retaliação pelo empregador, e como fica o direito à privacidade do empregado diante do monitoramento de sua conexão, via internet, com o mundo virtual, por meio dessa fiscalização.

3 O direito de fiscalizar do empregador

O poder de controlar ou fiscalizar do empregador decorre de seu poder diretivo, tratando-se de direito potestativo do empregador. Amauri Mascaro Nascimento define que o poder de controle é o que confere ao empregador o “direito de fiscalizar o trabalho do empregado. A atividade deste, sendo subordinada e mediante direção do empregador, não é exercitada de modo que o empregado pretende, mas daquele que é imposto pelo empregador” (NASCIMENTO, 2004, p. 628).

Portanto, em qualquer relação de emprego e observados os limites de seu direito potestativo, pode o empregador dirigir o trabalho subordinado segundo seus interesses, bem como fiscalizar a execução do trabalho e a forma de prestação de serviço, ficando o

empregado subordinado às ordens e à fiscalização de seu empregador.

Assim, em tese, o empregador poderia monitorar tanto as páginas acessadas como o próprio correio eletrônico do empregado, porquanto constituiriam ferramentas de trabalho.

4 O direito constitucional à privacidade

4.1 Definição

É certo que o conceito de privacidade é mais rígido ou flexível conforme o protagonista desse direito, a quem cabe delimitar os limites da sua vida íntima. Juridicamente, José Afonso da Silva (1997, p. 206-207) escreve em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo* que a privacidade é “o conjunto de informações 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”.

4.2 Conteúdo legal

Independente do conteúdo conceitual, que é dotado de grande carga subjetiva, certo é que o direito à privacidade é assegurado constitucionalmente, tratando-se de direito fundamental. O Código Civil (Lei nº 10.406/2002) dispõe no artigo 21 que “a vida privada é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Já a Constituição Federal cuida do direito à privacidade enquanto norma e princípio assegurado como cláusula pétrea, pois inserto no seu artigo 5º, inciso X, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos disciplina em seu artigo 12, §4º que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O ordenamento jurídico igualmente protege o sigilo de correspondência (artigo 5º, inciso XII, da Constituição de 1988), prevenindo a inviolabilidade “do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Não há que se divisar a privacidade virtual da real, tampouco o sigilo da correspondência eletrônica da tradicional. Assim, a proteção assegurada à privacidade e ao sigilo de correspondência admite, por um critério evolutivo, a proteção das facetas mais modernas de direitos já construídos: direito à privacidade e direito de sigilo de correspondência. Isso porque o princípio-norma (privacidade) e sua derivação (como acaba sendo o sigilo da correspondência) guardam relação com a dignidade da pessoa humana.

5 Limites da fiscalização do empregador e do direito à privacidade

Direito algum é absoluto. Logo, o direito à privacidade e sigilo de correspondência também não o são. Maior polêmica ocasiona a apreciação sobre as delimitações desta no cenário virtual. Carlos Eduardo Bittar (2001, p. 108) sugere que “incursões na vida privada, especialmente ditadas pela evolução da tecnologia e das comunicações, têm exigido o reconhecimento expresso desses direitos e a sua regulamentação, para garantir-lhes proteção no âmbito privado”.

Nesse cenário, a evitar o desvio da ferramenta, como já mencionado, tornou-se extremamente comum a prática de monitorar ou fiscalizar o uso da internet. Tal controle é deveras fácil, já que há possibilidade de configurar o sistema (administrador) para manter cópia de arquivos enviados e de acesso aos recebidos. Acrescente-se que muitas vezes o empregado concorda com a possibilidade deste controle, seja por escrito, seja ao acessar pela primeira vez o sistema.

Traçado esse panorama, cumpre analisar o objetivo principal deste trabalho: qual a extensão do direito à privacidade e sigilo da correspondência face o direito de fiscalizar do empregador?

Há posições diversas.

A interpretação e posição de Sergio Pinto Martins (2005, p. 227) é mais rigorosa, entendendo que “não se pode dizer que haveria violação da privacidade do empregado quando o empregador exerce fiscalização sobre equipamentos de computador que lhe pertencem”. O referido autor ilustra que seria possível o monitoramento “visando constatar se o computador não está sendo usado,

no horário de serviço, para fins pessoais do empregado, ainda mais quando há proibição expressa para uso pessoal do equipamento”, e ainda faz uma advertência:

[...] durante o horário de trabalho o empregado está à disposição do empregador. Deve produzir aquilo que o empregador lhe pede. Logo, pode ser fiscalizado para verificar se não está enviando e-mails para outras pessoas sem qualquer relação com o serviço, pois está sendo pago para trabalhar e não para se divertir. (PINTO MARTINS, 2004, p. 228)

Nesse contexto, não poderia o empregado utilizar as ferramentas tecnológicas para qualquer finalidade diversa, de sorte que todo e qualquer monitoramento seria razoável.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de decisão da lavra do ministro João Orestes Dalazen, da Primeira Turma, compreendeu assim a questão:

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (‘e-mail’ particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta de proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado ‘e-mail’ corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, assim como do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente

profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

Assim, há uma vinculação positiva e negativa em observar os direitos fundamentais. Inviável se permitir o uso indistinto, seja pelo prejuízo que ocasiona à produtividade do empregado, seja porque eventuais utilizações do correio corporativo podem vulnerar a imagem da empresa. A importância do tema e sua compreensão ficam salientes quando da análise das penalidades aplicadas pelo empregador, considerando os termos do uso, o que reclama um exame sob o critério de proporcionalidade, que passa pelas seguintes questões: 1) houve prejuízo à imagem da empresa (tornar pública uma informação, relacionar o nome da empresa a uma situação constrangedora, etc); 2) o uso se dá em prejuízo da produtividade e atenção do empregado, acarretando desídia? 3) quais os limites desse controle, isto é, o empregador poderia tornar público os acessos desse empregado ou o tempo que ele vem utilizando (para, por exemplo, sua equipe o retaliar)?

Inicialmente, com relação à atitude de tornar público o conteúdo acessado pelo empregado, evidente que extrapolaria os limites razoáveis de controle, porquanto implicaria numa retaliação pública, o que evidentemente acarretaria um abuso de direito, qualquer fosse o objeto do monitoramento.

Com relação à aplicação de penalidades previstas na CLT e presentes na prática, deve haver uma ponderação mormente quando há estipulação contratual prevendo a rescisão por uso do correio eletrônico para

fins pessoais, especialmente quando trata-se de um abuso, isto é, uso sem qualquer finalidade de útil (profissional ou pessoalmente), como no uso para fins oblíquos/ilícitos. Isso porque a violação de regra pode fatalmente justificar uma extinção contratual por justa causa do empregado (alíneas “b”, “e”, “h” e “j” do artigo 482 da CLT). Do outro lado, certo é que aquela correspondência não caracteriza ato ilícito, tampouco prejudica a dinâmica do trabalho ou a imagem da corporação e não pode ser levada a efeito para fins sancionatórios, por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, mas pode se sujeitar a uma interceptação. Isto porque a ferramenta é disponibilizada pelo empregador para uso correlato aos fins da empresa, de sorte que prepondera-se a análise sob o enfoque de como está sendo utilizado o aparato de trabalho e não o critério de privacidade do empregado.

Assim, na utilização de correio eletrônico para envio de material pornográfico, certo que a atitude ensejará justa causa (BARROS, 2009, p. 895-896). Já se ausente desídia ou ato ilícito, não se justifica impor rigor excessivo, mormente porque o rol do artigo 482 da CLT é taxativo e enquanto norma sancionatória sua interpretação em regra é restritiva.

Entretanto, será no caso concreto que serão ressaltados de forma cristalina a legitimidade do controle, frente à privacidade do empregado. Até porque é “infinitamente mais delicado definir uma noção que possibilite” convergir numa situação justa, pois diante da controvérsia a “única exigência que se poderia formular acerca (...) é que não seja arbitrária, mas se justifique” (PERELMAN, 1996, p. 67).

6 Conclusão

Sem dúvidas que o uso de qualquer ferramenta de trabalho, incluindo-se aí as de acesso à internet e de correio eletrônico, podem ser motivos de queda de produtividade e prejuízos do empregador. Trazem, ainda, quando expressamente desautorizado o acesso para fins diverso do trabalho, uma ruptura na conduta disciplinar a que foi orientado o empregado. Isso porque quando o trabalho é prestado de forma inadequada, trazendo prejuízos centrais ou circunstanciais à empresa, devido ao mau uso da ferramenta de correio eletrônico para fins pessoais, exsurge daí a possibilidade do empregador adotar determinadas medidas a fim de corrigir tal desvirtuamento, a partir do conteúdo filtrado no monitoramento. É porque cabe ao empregador orientar e fiscalizar os fins e os meios utilizados dentro de sua empresa.

Todavia, no caso concreto, há de se sopesar as situações, porquanto sem prejuízos concretos, não se pode deixar que o monitoramento seja indistinto e o conteúdo publicizado. Isso porque não poderiam sucumbir os fundamentais direitos concretizados no regime pós-militar a uma ilimitada necessidade de controle pela presunção indistinta de abuso na utilização de ferramentas de trabalho no uso particular.

Assim, da mesma forma que se mostra razoável anuir com o breve uso do telefone da empresa para solucionar alguma situação pessoal, igualmente não poderia ser retaliada a conduta de utilizar rapidamente a internet para enviar uma mensagem eletrônica ou acessar alguma informação pessoal. Não há posição radical razoável, porquanto os fins do direito ainda vertem para

o desenvolvimento individual e comunitário, e não de escudo da propriedade de forma indistinta.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BITTAR, Carlos Eduardo. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996
- SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.