

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

ARISTELA RODRIGUES MOTTA DE CAMPOS LUCIETO

**E-MAIL CORPORATIVO:
LIMITES DA ATUAÇÃO DO EMPREGADO E EMPREGADOR**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2011**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

ARISTELA RODRIGUES MOTTA DE CAMPOS LUCIETO

**E-MAIL CORPORATIVO:
LIMITES DA ATUAÇÃO DO EMPREGADO E EMPREGADOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialização em Direito (Direito do Trabalho), sob a orientação do Professor Doutor Rui César Publio Borges Correa.

**SÃO PAULO
2011**

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho:

Ao meu pai Aristeu, eternamente presente em minha memória e em meu coração.

A minha mãe Iracilda, pelo amor incondicional, pelas preciosas lições de vida e apoio em todas as horas.

Ao meu esposo Julio Cesar, pelo amor, companheirismo e entusiasmo com que apoia e incentiva todas as minhas escolhas profissionais, sendo também o responsável por essa trajetória.

Aos meus irmãos, Edimara e Aristeu Junior, pelo amor, amizade e união permanentes.

A Deus, que me acompanha e conduz todos os meus passos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Doutor Rui César Publio Borges Correa, pelo carinho e amizade dedicados na orientação desse tema e pelas valiosas lições de Direito do Trabalho.

À coordenadora do curso de especialização (COGEAE), Doutora Fabíola Marques, pelas oportunidades dadas e pela postura com que conduz o seu trabalho, sendo um exemplo a seguir.

Às professoras assistentes, Doutora Maria Hemília Fonseca e Doutora Joselita Nepomuceno Borba, pelo carinho e dedicação.

À professora e amiga Soraia Quio Motta, pela colaboração na revisão ortográfica do texto.

RESUMO

Diante dos avanços tecnológicos e da crescente utilização do e-mail corporativo como instrumento de trabalho, nos deparamos com o conflito e a necessidade de se estabelecer limites entre o poder de direção do empregador e o direito à intimidade do empregado.

Sob esse enfoque, o uso do e-mail corporativo passou a ser objeto de preocupação e estudo também na esfera trabalhista, haja vista a necessidade de se analisar as responsabilidades decorrentes de seu uso e a possibilidade de sua fiscalização no ambiente laboral.

A escassez de normas regulamentando essa nova realidade digital acentua a dificuldade na imposição dos devidos limites entre o poder diretivo do empregador - em defesa de sua propriedade - e os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Embora a legislação trabalhista não cuide do tema especificamente, devemos nos valer dos princípios constitucionais, visando garantir a intimidade e a privacidade do empregado - direitos intransponíveis, e, ao mesmo tempo, proteger o direito de propriedade do empregador.

Se por um lado destaca-se a importância da subordinação jurídica decorrente do contrato de trabalho, não menos destaque merece a imposição de limites a essa subordinação, a fim de que o trabalhador tenha preservada a sua condição de ser humano detentor de direitos, os quais permanecem íntegros e inalterados, apesar do contrato firmado.

Nosso estudo defende o poder moderado de fiscalização do empregador, a fim de se evitar excessos e preservar a dignidade do trabalhador. Nesse aspecto, destacamos a importância da elaboração e implantação de uma minuciosa política de uso dos sistemas de informática por parte dos empregadores, com ampla divulgação e intenso trabalho de conscientização nas empresas.

Importa ressaltar que a utilização indevida do e-mail corporativo pelo empregado, em que pese sua prévia ciência quanto à abusividade do uso para fins outros que não profissionais, não gera sequer expectativa de direito à intimidade ou privacidade, sendo certo ainda que as responsabilidades daí advindas, para a empresa e para o empregado, repercutem também no âmbito civil, criminal e trabalhista.

Finalmente, colacionamos importantes entendimentos sobre o tema, ressaltando o princípio da proporcionalidade como forma de compatibilizar

a existência dos direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador, sempre buscando solucionar os conflitos que se apresentam nesse novo cenário tecnológico, cultivando, assim, um ambiente de trabalho sadio, harmonioso e produtivo.

Palavras-chave: e-mail corporativo, monitoramento, poder diretivo, direitos fundamentais.

ABSTRACT

As a result of the technological advances and the growing usage of corporative e-mail as a work tool, we face the conflict and the need to establish limits between the employer power of direction and the employee right of privacy.

Under this approach, the usage of corporative e-mail has become not only a concern but also a case of study in the labour environment, due to the need to analyze the responsibilities regarding its usage and the possibility of inspection at the workplace.

The lack of rules regulating this new digital reality emphasizes the difficulty in imposing the right limits between the administrative power of the employer – seeking protection for their property – and the fundamental rights of the employees.

Although the labour legislation does not take care of this issue specifically, we should consider the constitutional principles, aiming at guaranteeing the intimacy and privacy of the employee – insurmountable rights as well as protect the property right of the employer.

If on the one hand the importance of legal subordination resulting from labour contracts is highlighted, on the other hand the imposition of limits to this subordination should also be taken into the same consideration so that the employee can preserve his own condition as a human being detainer of rights, which remains intact and unmodified, despite the contract he has signed.

Our study defends the moderate power of inspection by the employer, in order to avoid abuses and preserve the dignity of the employee. So, we point out the importance of elaborating and implementing detailed politics of the usage of the informatic systems by the employers, with a wide divulgation and intense work on the consciousness of the companies.

It is important to highlight that the misuse of the corporative e-mail by the employee, which he has been previously aware of its abuse for other purposes except for professional ones, does not generate any expectation to the right of intimacy or privacy, also stating that the responsibilities subsequent from this issue, to the company as well as to the employee, also reflect in civil, criminal and labour environments.

Finally, we have collated important agreements about the issue, standing out the principle of proportionality as a way to harmonize the existence of

the fundamental rights of the employee and the administrative power of the employer, always seeking solutions to solve the conflicts in this new technological scenario developing, thus, a healthy, harmonious and productive work environment.

Key-words: corporative e-mail, monitoring, administrative power and fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
DELIMITAÇÃO DO TEMA	13
1 – CONCEITOS	16
1.1 – Do empregado	16
1.2 – Do empregador	18
2 – DO CONTRATO DE TRABALHO	21
3 – DO DIREITO DIGITAL	24
3.1 – Da evolução da informática	24
3.2 – O e-mail como ferramenta de trabalho	27
3.3 – Da licitude da prova obtida através do monitoramento do e-mail corporativo	31
4 – DO PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	33
4.1 – Limites	36
5 – DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DO EMPREGADO	40
5.1 – Limites	43
6 – JURISPRUDÊNCIA	45
CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA	54

INTRODUÇÃO

Cada vez mais as empresas investem em tecnologia e disponibilizam amplo acesso aos seus empregados e colaboradores, com a finalidade de otimizar e ampliar seus negócios, acompanhando assim, a nova realidade digital.

Nesse cenário de crescente utilização do e-mail corporativo como instrumento de trabalho, nosso estudo tem como objetivo analisar as novas formas de fiscalização do ambiente laboral, decorrentes da evolução tecnológica, e os conflitos entre o poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado daí advindos.

Inicialmente, conceituamos empregado e empregador à luz da legislação e da doutrina, passando por uma breve análise do contrato de trabalho.

Em seguida, a fim de contextualizar as inovações tecnológicas no ambiente laboral, especificamente o e-mail corporativo, reunimos informações sobre o Direito Digital, abordando a escassez de normas e, portanto, a dificuldade na imposição dos devidos limites entre o poder diretivo e os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Destacamos a importância da subordinação jurídica decorrente do contrato de trabalho, ressaltando os seus limites, assim como a manutenção, por parte do trabalhador, da condição de ser humano detentor de direitos, os quais permanecem íntegros e inalterados em que pese a subordinação existente.

Através da análise jurisprudencial, verificamos a possibilidade de monitoramento do e-mail por parte do empregador e a necessidade de que esse controle seja moderado, devendo o empregador adotar uma posição de equilíbrio, não se permitindo excessos a pretexto do exercício do poder diretivo.

Nesse aspecto, em relação à necessidade de se evitar excessos e preservar a dignidade do trabalhador, destacamos a importância da elaboração e implantação de uma minuciosa política de uso dos sistemas de informática por parte dos empregadores, com ampla divulgação e intenso trabalho de conscientização na empresa.

Mais precisamente quanto aos direitos fundamentais do trabalhador, notadamente a intimidade e a privacidade, ressaltamos sua plena aplicação no Direito do Trabalho a fim de que o contrato cumpra sua função social.

Na hipótese do descumprimento das normas de uso do e-mail corporativo, em que pese a prévia ciência do empregado quanto à abusividade de seu uso para fins outros que não profissionais, salientamos não haver sequer expectativa de direito à intimidade ou privacidade a ser assegurado ao empregado infrator.

Tratamos de questões mais específicas, diferenciando o e-mail corporativo do pessoal, analisando sua natureza jurídica à luz da jurisprudência, verificando também a licitude da prova obtida através de seu monitoramento, bem como a possibilidade da utilização desse meio para a aplicação da dispensa por justa causa.

Evidenciamos ainda as responsabilidades advindas à empresa e ao empregado em decorrência do mau uso dessa nova ferramenta de trabalho, as quais podem vir a repercutir no âmbito civil, criminal e/ou trabalhista.

Finalmente, colacionamos importantes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, ressaltando o princípio da proporcionalidade como forma de compatibilizar a existência dos direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador, sempre buscando solucionar os conflitos que se apresentam nesse novo cenário tecnológico.

DELIMITAÇÃO DO TEMA

No mundo digital em que vivemos, em constante evolução, por certo que a informação é um importante instrumento de poder.

Acerca da importância da informação nos dias atuais, observa Patrícia Peck Pinheiro que “a liberdade individual e a soberania do Estado são hoje medidas pela capacidade de acesso à informação. (...) Em vez de empresas, temos organizações moleculares, baseadas no Indivíduo”¹.

Nesse contexto de transformações sucessivas se inserem as inúmeras empresas que se utilizam da tecnologia da *Internet*², mormente da correspondência eletrônica ou e-mail corporativo, como ferramenta indispensável ao desenvolvimento e expansão de seus negócios.

Assim, o impacto dos avanços tecnológicos trouxe inúmeras consequências ao Direito Laboral, merecendo especial atenção em nosso estudo o conflito entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado, sobretudo o direito à intimidade e à vida privada.

Deparamo-nos com a necessidade e a dificuldade do empregador em exercer o efetivo controle da utilização dessas novas ferramentas tecnológicas de trabalho, notadamente o correio eletrônico ou e-mail³ corporativo.

¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

² *Internet* e *internet* possuem significados diferentes. Enquanto *internet* significa um conjunto de redes de computadores interligadas, a *Internet* se refere à *internet* global e pública, disponibilizada pelo Protocolo de Internet. Dessa forma, existem inúmeras *internets* espalhadas por redes particulares, seja interligando empresas, universidades ou residências. Entretanto, existe somente uma rede única e global, o conjunto de todas as redes, a Internet. **Internet**. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet> > Acesso em 08 fev. 2011.

³ Correio eletrônico (português brasileiro) ou correio electrónico (português europeu) (**AO 1990**: correio eletrônico ou correio electrónico) ou ainda *e-mail* ou *correio-e* é um método que permite compor, enviar e receber mensagens através de sistemas eletrônicos de comunicação. O termo *e-mail* é aplicado tanto aos sistemas que utilizam a Internet e são baseados no protocolo SMTP, como aqueles sistemas conhecidos como intranets, que permitem a troca de mensagens dentro de uma empresa ou

A Consolidação das Leis do Trabalho não dispõe de normas para regular as diversas formas e limites da atuação do empregador no exercício de seu poder diretivo.

Por outro lado, desde já podemos assegurar que tal poder não é absoluto, vez que sofre as limitações impostas pela Constituição Federal da República, que visam garantir a inviolabilidade da intimidade do empregado, sua vida privada, honra e imagem.

A hipótese analisada especificamente no presente estudo é a da utilização do e-mail corporativo como ferramenta de trabalho e suas implicações no ambiente laboral, de forma que, para melhor compreensão do tema, faz-se necessário destacar as diferentes características existentes entre o e-mail pessoal e o corporativo.

Trata-se o e-mail pessoal de um meio de comunicação entre pessoas, enquanto que o e-mail corporativo tem a natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho disponibilizada pela empresa ao empregado, conforme, inclusive, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho⁴.

Em inédita decisão, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00.7, reconheceu o direito de o empregador obter provas para justa causa do empregado através do rastreamento de seu e-mail corporativo, considerando, portanto, lícita a prova obtida através desse meio.

organização e são, normalmente, baseados em protocolos proprietários. **Correio Eletrônico**. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/E-mail> > Acesso em 08 fev. 2011.

⁴ O TST, no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00.7, afirmou que o empregador pode exercer: “de forma moderada, generalizada e impessoal”, o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de e-mail por ele fornecida, estritamente com a finalidade de evitar abusos e que esse meio eletrônico fornecido pela empresa tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho.

No julgamento, afirmou o Ministro João Oreste Dalazen, que o empregador pode exercer “de forma moderada, generalizada e impessoal” o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de e-mail por ele fornecida, mas apenas com a finalidade de evitar abusos, na medida em que estes podem vir a causar prejuízos à empresa; reconhecendo que esse meio eletrônico fornecido pela empresa tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho.

O Ministro enfatizou ainda que os direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, assegurados na Constituição Federal, dizem respeito apenas à comunicação estritamente pessoal, sendo o e-mail corporativo de propriedade do empregador, que poderá, portanto, exercer o controle formal e material das mensagens que trafegam pelo sistema de informática de sua empresa.

De antemão podemos ressaltar a real necessidade de um efetivo controle por parte do empregador, mormente diante das responsabilidades decorrentes do uso indevido do e-mail corporativo; no entanto, nos deparamos com o desafio de buscar soluções ao conflito suscitado entre os direitos constitucionalmente previstos: a privacidade e a intimidade do trabalhador e o poder diretivo do empregador em defesa de sua propriedade.

CAPÍTULO 1

CONCEITOS

1.1 – Do empregado

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho⁵, em seu artigo 3º, *caput*, considera-se empregado a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a sua dependência e mediante o recebimento de salário.

O conceito de empregado disposto no artigo 3º, *caput*, se complementa com o artigo 2º do mesmo diploma legal⁶ ao estabelecer que deva ser a prestação de serviços *peçoal*.

Na definição de Maurício Godinho Delgado: “Empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a estes efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação⁷”.

Alice Monteiro de Barros conceitua empregado como sendo a “pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica⁸”.

Para Amauri Mascaro Nascimento, “empregado é a pessoa física que presta pessoalmente a outro serviços não-eventuais, subordinados e assalariados⁹”.

⁵ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

⁶ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 347.

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 256.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 166.

É da essência do contrato de trabalho tratar-se o empregado de pessoa física ou natural. Nossa legislação protege especificamente o ser humano trabalhador, preocupando-se com sua vida, saúde, lazer e integridade física.

O trabalho deverá ter natureza não eventual, o que significa a sua indispensabilidade para o desenvolvimento das atividades normais da empresa.

A obrigatoriedade do pagamento de salário em retribuição aos serviços prestados complementa o conceito de empregado. Essa contraprestação é devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, sendo da natureza do contrato de trabalho sua onerosidade.

Importante ressaltar que o contrato de trabalho é sempre ajustado em função de uma pessoa específica, determinada. A pessoalidade é um requisito da definição de empregado, significando que o empregado deva executar pessoalmente as atividades para as quais fora contratado, não se podendo fazer substituir sem autorização do empregador. Não havendo a pessoalidade, descaracteriza-se a relação de emprego.

Finalmente, temos na subordinação o pressuposto indispensável à definição de empregado.

Aliás, muito já se debateu sobre a natureza jurídica da subordinação, no entanto, o critério mais aceito hoje, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, é o da subordinação jurídica decorrente do contrato de trabalho.

Dessa forma, não se trata de subordinação sobre a pessoa do empregado, mas sobre a execução de suas atividades, encontrando limites na Constituição Federal, na legislação ordinária, nas normas coletivas, nos regulamentos de empresa e demais preceitos aplicáveis ao Direito do Trabalho.

Para termos a correta dimensão da importância da subordinação, ressaltamos tratar-se de elemento fundamental até mesmo para a distinção entre o contrato de trabalho e outros contratos que lhe são afins.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua a subordinação como “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia

da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”¹⁰.

1.2 – Do empregador

Consoante o disposto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Esse mesmo dispositivo legal, em seu parágrafo 1º¹¹, equipara ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Na lição de Amauri Mascaro Nascimento “empregador é o ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado”¹².

Alice Monteiro de Barros destaca que empregador é “a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico”¹³.

A definição de empregador constante da Consolidação das Leis do Trabalho recebe inúmeras críticas por suas falhas técnicas, posto que não faz distinção entre as figuras do empregador e da empresa.

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 164.

¹¹ § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 214.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 363.

O artigo 966 do Código Civil Brasileiro¹⁴ define empresa como a atividade econômica exercida profissionalmente pelo empresário, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

O artigo 1.142, desse mesmo diploma legal¹⁵, define estabelecimento como complexo de bens, sejam corpóreos ou incorpóreos, organizados para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Observa-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não é taxativa ao apontar os tipos de empregador existentes. Em seu artigo 2º, parágrafo 1º, considera empregadores, por equiparação, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos que admitirem trabalhadores como empregados.

Há ainda outras figuras consideradas pela legislação, doutrina e jurisprudência, entre eles: os partidos políticos, a massa falida, os edifícios de apartamentos (condomínios), o espólio, a União, os Estados-membros, os Municípios, as Autarquias e as Fundações, a pessoa física ou jurídica que explora atividade agrícola, pastoril ou de indústria rural, o empregador doméstico.

Nesse contexto, importante citarmos ainda a existência da figura do grupo econômico, previsto no artigo 2º, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶.

¹⁴ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

¹⁵ Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

¹⁶ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Para caracterização do grupo econômico é necessário que seus componentes possuam personalidade jurídica própria e estejam sob direção, controle ou administração de outra empresa, ou, ainda, que apresentem identidade de quadros societários, bem como exerçam mesma atividade econômica.

No ramo especializado do Direito do Trabalho, para que se reconheça a figura do grupo econômico não se exige o mesmo formalismo jurídico do Direito de Empresa. Assim, basta a presença de elementos fáticos que denotem controle, direção ou administração entre as pessoas jurídicas envolvidas, ainda que não haja predomínio de superioridade hierárquica de uma empresa sobre as outras do grupo, para que se possa reconhecer a figura do empregador único. O objetivo é a proteção ao crédito de natureza alimentar decorrente da relação de emprego.

CAPÍTULO 2

DO CONTRATO DE TRABALHO

Maurício Godinho Delgado define o contrato de trabalho como “o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços¹⁷”.

Segundo o autor, o contrato de trabalho é o “acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador¹⁸”.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua o contrato de trabalho como a “relação jurídica de natureza contratual, sendo os seus sujeitos o empregado e o empregador e tendo por objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado¹⁹”.

Segundo Alice Monteiro de Barros²⁰:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica.

Finalizando, conclui a autora que “é a subordinação jurídica que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo²¹”.

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 489.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 352.

²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 229-230.

²¹ Idem, *ibidem*.

Os artigos 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho definem o contrato de trabalho²² como o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego, podendo ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

É um contrato do ramo do direito privado, sinalagmático, consensual, de execução continuada, personalíssimo em relação ao empregado, oneroso e que estabelece subordinação.

A alteridade também se compreende entre os caracteres do contrato de trabalho, significando que o empregado desempenha suas atividades em favor de outrem, ficando a cargo do empregador os riscos do empreendimento.

O traço que caracteriza o contrato de trabalho e o diferencia das demais relações de trabalho é a subordinação jurídica.

No Brasil, como regra geral, prevalece a forma livre de celebração do contrato, podendo ser verbal, escrito ou tácito.

Na lição de Cesarino Júnior, o contrato de trabalho é de adesão, o que significa que o empregado adere sem discutir o seu conteúdo, estando o mesmo previamente estabelecido pela lei, pela convenção coletiva e pelo regulamento da empresa. Alice Monteiro de Barros²³ acompanha esse entendimento, senão vejamos:

²² Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

²³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 237-238.

O contrato de trabalho é do tipo de adesão. Sua principal função é criar uma relação jurídica obrigacional entre as partes, porém, com o caráter meramente complementar, em face do extenso rol de normas imperativas previstas em lei ou instrumentos coletivos, que fogem do domínio da autonomia da vontade e compreendem aspectos relevantes do vínculo empregatício. As partes, se desejarem celebrar o contrato terão que aderir a elas, sem possibilidade de discussão, como aliás se infere do art. 444 da CLT.

Importante mencionar que os elementos essenciais para constituição válida e regular de qualquer contrato também devem estar presentes no contrato de trabalho, de forma que será necessária a existência de partes capazes, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa por lei e, ainda, o consenso válido.

Tais elementos estão enunciados no Código Civil Brasileiro vigente e são aplicáveis subsidiariamente ao contrato de trabalho, com as adequações necessárias ao ramo especializado do Direito do Trabalho.

CAPÍTULO 3

DO DIREITO DIGITAL

3.1 – Da evolução da informática

“A Revolução da Informação, plantada em 1957, com a criação do primeiro *mainframe*²⁴, marcou o começo da digitalização da sociedade”.²⁵

Necessário trazeremos à tona dois fatos que contribuíram para inserir a sociedade brasileira na rede globalizada, quais sejam: a criação do Código Brasileiro do Consumidor, em 1990, e a aprovação, pelo Ministério das Comunicações, da Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995.

A mencionada Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995, regulou o uso dos meios de rede pública de telecomunicações para acesso e utilização da *Internet*.

Por certo que, quando a sociedade muda, o direito deve se modificar para acompanhar a evolução e atender aos anseios dos indivíduos na busca pela segurança jurídica das relações.

Vivemos em um mundo globalizado e interativo, sendo a informação um importante instrumento de poder, portanto é inegável a necessidade de modificação e adequação, a fim de possibilitar a aplicação do direito ao caso concreto.

Neste aspecto, consideramos oportuno transcrever importante observação de Patrícia Peck Pinheiro:

²⁴ Computador de grande porte, dedicado normalmente ao processamento de um grande volume de informações. Os mainframes são capazes de oferecer serviços de processamento a milhares de usuários através de milhares de terminais conectados diretamente ou através de uma rede. (O termo *mainframe* se refere ao gabinete principal que alojava a unidade central de fogo nos primeiros computadores.). **Mainframe**. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Mainframe> > Acesso em 08 fev. 2011.

²⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

Da criação do *chip* ao lançamento do primeiro computador com interface gráfica para utilização doméstica se passaram quase vinte anos. Depois as mudanças não pararam mais, culminando na convergência – nada mais que a integração de várias tecnologias criando uma rede única de comunicação inteligente e interativa que utiliza vários meios para transmitir uma mesma mensagem, em voz, dados ou imagem. É importante compreender que a ressaca tecnológica traz uma relação de dependência, atingindo pessoas, empresas, governos e instituições. As relações comerciais migram para a Internet. Nesta janela, a possibilidade de visibilidade do mundo atual traz também os riscos inerentes à acessibilidade, tais como segurança da informação, concorrência desleal, plágio, sabotagem por *hacker*, entre outros. Assim, na mesma velocidade da evolução da rede, em virtude do relativo anonimato proporcionado pela Internet, crescem os crimes, as reclamações devido a infrações ao Código de Defesa do Consumidor, as infrações à propriedade intelectual, marcas e patentes, entre outras²⁶.

A celeridade com que as informações são lançadas e se espalham no mundo, o dinamismo, as poucas leis à disposição dos operadores do direito, a aplicação da analogia, da prática e dos costumes e até mesmo a arbitragem buscada para a solução dos conflitos são elementos que caracterizam o Direito Digital.

Ainda sobre o Direito Digital, Patrícia Peck Pinheiro²⁷ conclui:

Não devemos achar, portanto, que o Direito Digital é totalmente novo. Ao contrário, ele tem guarida na maioria dos Princípios do direito atual, além de aproveitar a maior parte da legislação em vigor. A mudança está na postura de quem a interpreta e faz sua aplicação. É errado, portanto, pensar que a tecnologia cria um grande buraco negro, no qual a sociedade fica à margem do Direito, uma vez que as leis em vigor são aplicáveis à matéria, desde que com a sua devida interpretação. O Direito tem de partir do pressuposto de que já

²⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-72.

²⁷ Idem, p. 77.

vivemos uma sociedade globalizada. Seu grande desafio é ter perfeita adequação em diferentes culturas, sendo necessário, por isso, criar flexibilidade de raciocínio, nunca as amarras de uma legislação codificada que pode ficar obsoleta rapidamente. Aqui voltamos para a questão dos Indivíduos, entendidos não só como pessoas, mas como empresas e instituições. Como sabemos, Direito é a somatória de comportamento e linguagem e, hoje, esses dois elementos estão mais flexíveis do que nunca, fato que demonstra que um direito rígido não deverá ter uma aplicação eficaz.

Por fim, observados os ensinamentos de Patrícia Peck Pinheiro, concluímos ser o Direito Digital a “evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas”²⁸, incluindo-se aí o Direito do Trabalho.

Importante ainda mencionar que um dos princípios basilares do Direito Digital é a proteção do direito à informação, o qual se encontra previsto no artigo 5º, incisos IV e IX e artigos 220 e 221, inciso IV²⁹, todos da Constituição Federal.

²⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

²⁹ Art. 5º 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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

3.2 – O e-mail como ferramenta de trabalho

O correio eletrônico ou e-mail corporativo é hoje uma das ferramentas tecnológicas mais utilizadas no ambiente de trabalho.

Cada vez mais as empresas investem em tecnologia e disponibilizam seu amplo acesso aos empregados, buscando otimizar e ampliar os negócios, acompanhando a nova realidade digital.

Não mais podemos conceber a evolução de empresas que não se adaptem às novas exigências tecnológicas.

Temos de considerar que, na atualidade, a velocidade com que as informações circulam exige que os empresários evoluam e modernizem as ferramentas de trabalho postas à disposição de seus contratados, propiciando formas ágeis e convenientes de comunicação entre empregados e a própria empresa, e entre esses e os clientes.

Segundo Patrícia Peck Pinheiro: “O correio eletrônico, apesar de muito semelhante à correspondência, é um meio de comunicação com características próprias, como número de receptores da mensagem variável e do uso para o qual está sendo submetido, se pessoal, comercial ou publicitário”³⁰.

São distintas as características do e-mail pessoal e do corporativo. O e-mail pessoal é uma forma de comunicação entre pessoas, enquanto o e-mail corporativo é considerado uma ferramenta de trabalho disponibilizada pela empresa ao empregado, inclusive conforme decisão do Tribunal Superior do Trabalho³¹.

Considerada a natureza jurídica do e-mail corporativo - ferramenta de trabalho disponibilizada pela empresa, para o desenvolvimento das atividades

³⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164.

³¹ O TST, no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00.7, afirmou que o empregador pode exercer: “de forma moderada, generalizada e impessoal”, o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de e-mail por ele fornecida, estritamente com a finalidade de evitar abusos e que esse meio eletrônico fornecido pela empresa tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho.

profissionais do empregado – entendemos que poderá o empregador exercer o controle das mensagens que trafegam pelo sistema de informática de sua propriedade.

No entanto, o direito de propriedade não faculta ao empregador o direito de desrespeitar a intimidade e a privacidade do empregado, devendo ser coibido eventual excesso ou abuso, inclusive passível de indenização.

Dessa forma, a fim de se evitar o conflito entre os direitos do empregado e do empregador no ambiente de trabalho, ao disponibilizar o e-mail corporativo, o empregador deverá agir com cautela, cabendo a ele dar plena ciência ao empregado sobre a política de privacidade a ser adotada na sua utilização e sobre a proibição de seu uso para fins pessoais.

É preciso que o empregado tenha conhecimento prévio, de preferência por escrito, de que o e-mail poderá ser monitorado pela empresa, sendo seu uso restrito ao trabalho, a fim de que não haja exposição da empresa perante terceiros ou conflitos no ambiente laboral.

Dessa forma, uma vez ciente das regras sobre o uso estritamente profissional do e-mail corporativo, não haverá para o empregado qualquer expectativa de privacidade na sua utilização, de forma que deverá abster-se de fazê-lo para fins outros que não profissionais.

Por certo não poderá o empregado se utilizar do e-mail corporativo para o envio de conteúdo particular, assim como fotos, filmes, músicas, ou qualquer outra finalidade que não guarde relação com o trabalho a ser executado.

Ainda, durante o horário de trabalho, e enquanto estiver no ambiente laboral, não deverá o empregado consumir tempo e recursos de propriedade do empregador para tratar de assuntos pessoais, vez que estará acarretando prejuízo à empresa e descumprindo o contrato firmado entre as partes.

Não há que se falar em inviolabilidade do sigilo das correspondências se o e-mail corporativo foi disponibilizado para o fim exclusivo do exercício das atividades laborais, não podendo, portanto, ser equiparado às correspondências postais e telefônicas para efeito de proteção à sua interceptação.

Enfim, faz-se necessário que o empregado tenha plena noção dos efeitos causados pelo mau uso do e-mail corporativo e dos riscos e consequências daí advindas para o empregador e para o próprio empregado, podendo acarretar-lhe, inclusive, responsabilidade civil e criminal, além da dispensa por justa causa.

Neste aspecto, em relação às consequências advindas ao empregador, importante trazer à tona o direito constitucionalmente previsto de proteção à imagem, assim como as responsabilidades perante terceiros em decorrência dos atos de seus empregados em serviço, consoante o disposto no artigo 932, inciso III, do Código Civil Brasileiro³².

Sobre as responsabilidades decorrentes do uso do e-mail corporativo, Patrícia Peck Pinheiro observa:

Não faz parte do senso comum, por exemplo, que o e-mail corporativo é o papel timbrado digital da empresa, que todo conteúdo escrito na internet é de responsabilidade de seu autor, que enviar um boato eletrônico pode gerar responsabilidade civil e criminal, que registrar uma palavra-chave com nome de um concorrente é crime de concorrência desleal, que em comunidades *Online* nunca se pode falar de questões da empresa protegidas por sigilo profissional, que furtar o *mailing* da empresa é tão condenável quanto furtar um bem físico³³.

Importante ressaltar que eventuais excessos cometidos pelo empregador, sob o pretexto de estar exercendo o seu poder diretivo, também são passíveis de responsabilização, de forma que as rotinas de segurança e controle dos e-mails corporativos por parte das empresas deverão ter como limite intransponível os direitos personalíssimos dos empregados.

³² **Art. 932.** São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

³³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39-40.

Ao contrário do e-mail corporativo, o e-mail pessoal do empregado se encontra protegido pela inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações, ainda que utilizado no ambiente de trabalho, de forma que não será permitido ao empregador fiscalizar o seu conteúdo, o que certamente configura o mencionado excesso passível de responsabilização.

Em contrapartida, não há que se falar em inviolabilidade do sigilo das correspondências em relação ao e-mail corporativo, vez que foi disponibilizado para o fim exclusivo do exercício das atividades laborais, não podendo, portanto, ser equiparado às correspondências postais e telefônicas para efeito de proteção à sua interceptação.

Importa mencionar que poderá o empregador proibir a utilização do e-mail pessoal no ambiente laboral, embora tal prática seja contrária ao que se espera de um bom e produtivo ambiente de trabalho.

Entendemos ser o meio termo a melhor solução, de forma que “poderá haver o bloqueio do acesso aos *sítes* que possam trazer risco legal ou de segurança à empresa, e a liberação dos portais de notícias e o uso do *webmail*³⁴”. Aliás, essa tem sido a solução adotada pela maioria das empresas, segundo informação publicada na imprensa nacional.

Dessa forma, uma vez proibido o uso do e-mail pessoal no ambiente de trabalho, entendemos que poderá o empregador exercer seu poder de fiscalização no que se refere ao seu aspecto formal, o que deverá ocorrer de forma moderada, sem excessos.

Assim, poderá o empregador fiscalizar o aspecto formal dos arquivos particulares enviados pelos empregados (tipos de arquivos), jamais o seu conteúdo.

Alexandre Agra Belmonte³⁵ sustenta o seguinte entendimento: “O controle formal englobaria determinadas formas de fiscalização do correio eletrônico sem que

³⁴ Fonte: Valor Econômico, por Rafael Sigollo, 27.09.2010.

³⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 78.

houvesse a ingerência no conteúdo da mensagem, como a verificação do número de arquivos enviados, o endereço dos destinatários, a data e o horário de envio”.

De outro lado, em relação ao e-mail corporativo, diante da inequívoca ciência do empregado quanto à política de uso dos sistemas de informática da empresa, sabendo se tratar de ferramenta de trabalho para fins estritamente profissionais, de propriedade do empregador, não há que se falar em intimidade ou privacidade a ser preservada, podendo o e-mail corporativo ser monitorado em seu aspecto formal e material.

3.3 – Da licitude da prova obtida através do monitoramento do e-mail corporativo

A vedação da utilização da prova ilícita é plenamente justificável, na medida em que se exige uma postura processual correta dos litigantes, de acordo com a moral e o direito.

Assim, segundo leciona Eugênio Hainzenreder Júnior, a caracterização da licitude da prova estará diretamente relacionada “ao procedimento adotado pelo empregador em relação ao monitoramento do correio eletrônico no que se refere à legitimidade da fiscalização em face da reserva e do sigilo esperado pelo empregado na correspondência eletrônica”³⁶.

Logo, sendo o e-mail corporativo uma ferramenta de trabalho posta à disposição do empregado, para utilização estritamente profissional, e tendo este plena ciência da possibilidade de rastreamento ou monitoração por parte do empregador, será lícita a prova assim obtida.

Importante observar que o empregador tem o direito constitucionalmente previsto de defender a sua propriedade, incluindo-se aí os equipamentos e sistemas de informática postos à disposição do empregado para fins exclusivamente laborais.

³⁶ HAINZENREDER Júnior, Eugênio. Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo: Atlas, 2009, p. 145.

Outrossim, não havendo sequer expectativa de direitos à privacidade e à intimidade do trabalhador no uso do e-mail corporativo, não há que se falar em qualquer afronta ao disposto no artigo 5º, incisos X, XII e LVI da Constituição Federal, sendo lícita, portanto, a prova obtida através de seu rastreamento ou monitoramento pelo empregador, inclusive para o fim de aplicação da dispensa por justa causa.

CAPÍTULO 4

DO PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

As definições de empregador e empregado constantes dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho deixam claros dois elementos da relação de emprego, quais sejam: o poder de direção do empregador e a subordinação do empregado.

Muito já se discutiu sobre os critérios de identificação dessa subordinação do empregado ao empregador, “se econômico, técnico, social ou jurídico”³⁷.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho já reconheceu expressamente a existência de subordinação jurídica na relação de emprego, conforme Enunciado 269³⁸.

A legislação brasileira não trata especificamente do poder de direção do empregador, limitando-se a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º, a dispor sobre quem seja o dirigente da prestação de serviços.

O Código do Trabalho de Portugal, Lei 99/2003, em seu artigo 150³⁹, reconhece expressamente a existência do poder em comento.

Doutrinariamente, a fim de interpretar o fundamento do poder diretivo do empregador, destacamos a teoria da propriedade privada, a teoria institucional e a teoria contratual.

Segundo a teoria da propriedade privada, o poder diretivo fundamenta-se no direito de propriedade do empregador.

³⁷ MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008, p. 46.

³⁸ Enunciado 269 do TST: O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

³⁹ Art. 150 - Poder de direção. Compete ao empregador, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem, fixar os termos em que deve ser prestado o trabalho.

A teoria institucional equipara a empresa a uma instituição na qual o empregado deva colaborar para atingir os objetivos sociais traçados pelo empregador.

Para a teoria contratual, o fundamento para o poder de direção do empregador é o contrato de trabalho, considerado como o ajuste de vontades através do qual o empregado, por livre e espontânea vontade, se sujeita e aceita a direção de sua prestação de serviços pelo empregador, sendo esta a teoria mais aceita.

Amauri Mascaro Nascimento destaca como sendo predominante a teoria contratualista, “segundo a qual o poder de direção encontra suporte no contrato de trabalho, ajuste de vontades no qual o empregado espontaneamente se põe em posição de subordinação, aceitando a direção da sua atividade pelo empregador”⁴⁰.

Ao empregador cabe organizar sua atividade, o que implica em definir os fins econômicos pretendidos, a estrutura jurídica adotada na constituição de sua empresa, os cargos e funções que serão oferecidos, as normas internas, enfim, as inúmeras atribuições de um empresário.

Também cabe ao empregador fiscalizar as atividades profissionais de seus subordinados, a fim de garantir o cumprimento dos trabalhos para os quais foram contratados e pelos quais recebem salários.

Neste aspecto, cabe ressaltar a necessidade de que essa fiscalização, por parte do empregador, seja moderada, visando apenas atingir o seu fim, sem jamais desprezar a dignidade do trabalhador.

Não se pode permitir que o direito de propriedade do empregador se sobreponha ao direito à intimidade do empregado, uma vez que ambos são assegurados pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X e XXII, respectivamente.

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 224.

Finalmente, o poder de direção também se manifesta através do poder disciplinar inerente ao empregador. Trata-se, portanto, do direito que possui o empregador de impor sanções disciplinares aos seus empregados.

Amauri Mascaro Nascimento aponta duas correntes doutrinárias sobre o tema:

(...) uma nega o poder disciplinar sob a argumentação de que se trata de um contrato entre dois sujeitos, portanto, ambos possuem os mesmos poderes; a outra se baseia no monopólio do poder de punir do Estado⁴¹.

Por fim, conclui o professor Amauri Mascaro Nascimento que as teorias que fundamentam o poder disciplinar do empregador – a teoria da propriedade privada, a teoria contratual e a teoria institucional – justificam o poder de direção.

O poder de direção se vincula diretamente à subordinação, característica fundamental do contrato de trabalho e pressuposto indispensável da definição de empregado.

A subordinação jurídica pressupõe a vinculação jurídica do trabalhador ao poder diretivo do empregador, compreendendo a punição, a fiscalização e controle dos serviços prestados.

Essa noção de subordinação se concentra na execução das atividades do empregado e não à sua pessoa, e encontra limites na ordem jurídica.

Outrossim, estabelecidos os fundamentos do poder diretivo do empregador, e diante dos constantes avanços tecnológicos que trouxeram ao ambiente laboral novos métodos de fiscalização e controle, sobretudo do correio eletrônico corporativo, se verifica uma colisão entre os direitos do empregado e do empregador, bem como, a necessidade de se fixar limites.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 227.

4.1 – Limites

É imprescindível uma eficiente fiscalização das informações que tramitam na empresa, sobretudo das informações sigilosas, uma vez que o mau uso da *Internet* poderá causar prejuízos à imagem da empresa e ao próprio empregado.

De se considerar, ainda, a responsabilidade solidária que poderá recair sobre a empresa em decorrência dos atos praticados por seus empregados através do uso indevido da *Internet*.

Márcio Túlio Viana⁴² menciona como principais limites do poder de direção do empregado os próprios direitos individuais constantes do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, seja qual for a relação jurídica existente, de trabalho ou não, é necessário que a dignidade da pessoa humana seja sempre preservada.

O poder diretivo permite ao empregador traçar diretrizes e adotar condutas para aperfeiçoar o desempenho das atividades desenvolvidas, no entanto, esta prerrogativa jamais se sobrepõe ao princípio da dignidade humana, conforme insculpido no artigo 1º, inciso III, de nossa Constituição Federal.

Os procedimentos adotados pelos empregadores encontram limite intransponível nos direitos personalíssimos, devendo sempre zelar para que seus empregados sejam conduzidos de forma digna, com urbanidade e respeito.

Injustificadas ofensas não podem ser admitidas no ambiente laboral, pois são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

A conduta do empregador no exercício de seu direito deve ser moderada, pois, uma vez extrapolado o limite do poder diretivo, configurar-se-á o abuso de direito, sujeitando-se o empregador à indenização por eventuais danos morais causados ao trabalhador, na forma do artigo 5º, inciso. V, da Constituição Federal de 1988.

⁴² VIANNA, Márcio Túlio. **Sucessão sem trabalho para o sucessor**. São Paulo: LTr, Suplemento Trabalhista, n. 90, 1996, p. 119.

Sobre a necessária cautela no monitoramento realizado pelo empregador, a fim de se evitar ofensa à Constituição Federal e o risco de responsabilização da empresa, Patrícia Peck Pinheiro⁴³ conclui que:

Para evitar infração à Lei Maior, é essencial que o monitoramento corporativo ocorra com prévio aviso e ciência dos funcionários, inclusive com publicação de norma própria e inserção desse aviso nos ambientes eletrônicos (especialmente o de *login* na rede e o rodapé de *e-mail*).

(...)

É fundamental que o acesso às informações geradas pela monitoração seja restrito, e seu uso limitado para fins de investigação ou análise de incidentes, para evitar que a divulgação interna indiscriminada, com identificação de usuários, conteúdos e condutas, venha a gerar um risco ilegal de dano moral por parte da empresa.

Sendo assim, o monitoramento, quando bem empregado, com uso de procedimentos adequados, permite pegar o infrator e proteger o inocente. Já o seu uso sem as devidas cautelas pode gerar risco legal.

Assim, embora previsto constitucionalmente o direito de defesa do patrimônio e da propriedade do empregador, vale ressaltar que há também outros de maior dimensão, tais como a intimidade e a privacidade do empregado, que envolvem, por sua vez, o direito da personalidade.

Em nenhuma hipótese poderá se admitir afronta à dignidade humana em nome da pretensa defesa do patrimônio ou do lucro do empregador.

O próprio artigo 170, caput, da Carta Magna⁴⁴ já relaciona a valorização do trabalho humano à existência digna.

⁴³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199-201.

⁴⁴ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Eros Roberto Grau assim leciona sobre o tema:

(...) a dignidade humana não é apenas o fundamento da República, mas também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica. Esse princípio compromete todo o exercício da atividade econômica, sujeitando os agentes econômicos, sobretudo as empresas, a se pautarem dentro dos limites impostos pelos direitos humanos. Qualquer atividade econômica que for desenvolvida no nosso país deverá se enquadrar no princípio mencionado⁴⁵.

Não se olvida que o princípio da proteção da propriedade privada também está contemplado na Constituição Federal de 1988, tendo o empregador, portanto, o legítimo direito de regular o uso dos bens de sua empresa por seus subordinados, desde que não pretenda que tal princípio se sobreponha ao da dignidade humana, conforme insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁴⁶.

Portanto, ainda que o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho estabeleça o poder diretivo do empregador, a fim de lhe possibilitar a direção da prestação de serviços dos seus empregados, em contrapartida aos salários pagos; além do poder regulamentar, fiscalizatório e disciplinar que se encontram interligados, certamente não lhe é permitido extrapolar no exercício de seu direito e invadir a esfera pessoal do empregado.

Patrícia Peck Pinheiro observa:

E-mails caluniosos podem expandir-se infinitamente. Se a origem deles for rastreada e apontar para um *e-mail* corporativo, a empresa pode ser responsabilizada legalmente pelo crime. Por isso, é importante que as empresas que disponibilizam *e-mails* corporativos deixem claro para seus funcionários qual a política de privacidade a

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 221.

⁴⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

ser adotada em relação ao seu uso: o funcionário deve saber se suas mensagens estão ou não sujeitas à monitoração da empresa⁴⁷.

Diante desse novo cenário digital no ambiente de trabalho, e, sobretudo diante da escassez de legislação sobre o tema no Brasil, por certo que os conflitos entre o poder diretivo do empregador e a privacidade e intimidade do empregado deverão ser analisados sob a égide da Constituição Federal, respeitando-se o direito de propriedade e os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, importante ressaltar ainda o princípio da proporcionalidade, que será analisado no capítulo seguinte.

⁴⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165.

CAPÍTULO 5

DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DO EMPREGADO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X⁴⁸, estabelece como direitos fundamentais da pessoa humana o respeito à sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como o conjunto de prerrogativas e instituições que, em dado momento histórico, concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, de forma que garantem ao indivíduo o seu pleno desenvolvimento e asseguram a existência digna.

Segundo lecionam Eugenio Haddock Lobo e Júlio Cesar do Prado Leite:

Intimidade é um direito da personalidade do indivíduo e, portanto, direito do trabalhador na relação de emprego. Proteger a vida privada significa assegurar a proteção a certos aspectos da vida íntima da pessoa, que tem o direito de resguardá-los da intromissão de terceiros. Trata-se de um direito negativo, no sentido de excluir do conhecimento de outrem aquilo que só à própria pessoa diz respeito. Reservar seus assuntos íntimos só para si: eis em resumo a expressão do direito à intimidade, que se revela na vedação do acesso a estranhos ao domínio do confidencial. Como direito da personalidade, imiscui-se na integridade da pessoa, que não abrange apenas a dimensão antropológica e física, mas reveste também conteúdos psíquicos, morais, mentais e éticos⁴⁹.

⁴⁸ Art. 5º 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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴⁹ LOBO, Eugenio Haddock; LEITE, Júlio César do Prado. Comentários à constituição federal. V. 1. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989, p. 36.

Em relação à vida privada, cumpre mencionar as observações de José Afonso da Silva⁵⁰:

Que se relaciona com a vida interior do indivíduo, fazendo contraponto com a vida exterior. Esta envolve a pessoa nas relações pessoais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. Aquela se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre os seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada. Assim, a vida privada abrangeria a proteção contra: (i) divulgação – levar ao conhecimento do público ou de algumas pessoas fatos relevantes à sua vida pessoal e familiar; (ii) investigação – pesquisar sobre eventos da vida pessoal e familiar; e (iii) a conservação de documentos relativos ao indivíduo e que tenham sido obtidos de forma ilícita.

Gilmar Ferreira Mendes⁵¹ afirma que:

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade, pode sobrepujar a pretensão de “ser deixado só”.

O preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados como estão de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 204.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martirez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 370.

Também o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve que ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua reputação.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes leciona:

(...) a dignidade humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo um valor espiritual e moral próprio da pessoa e protegido pelo ordenamento jurídico. Outrossim, os direitos fundamentais somente poderiam sofrer limitações excepcionalmente e “sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁵².

A própria legislação ordinária prevê proibições ao empregador a fim de assegurar a proteção da vida privada do empregado. Nesse sentido é a Lei 9.029/95, que veda a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para fins de admissão de empregadas ou manutenção do emprego.

Certamente que a celebração de um contrato de trabalho não poderá retirar do trabalhador a condição de ser humano detentor de direitos, os quais permanecerão íntegros e inalterados, em que pese a existência da subordinação jurídica e sua submissão ao poder diretivo do empregador.

Os direitos fundamentais têm plena aplicação no Direito do Trabalho, devendo ser observados pelo empregador e empregado, a fim de que o contrato de trabalho cumpra a sua função social.

Outrossim, diante da dimensão e da importância dos direitos da personalidade em nosso ordenamento jurídico, necessário analisarmos seus limites face ao poder diretivo do empregador.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

5.1 – Limites

A vida privada e a intimidade, assim como os demais direitos fundamentais, podem sofrer limitações. Ressalte-se que a Constituição Federal prevê proteção e garantia aos direitos fundamentais, no entanto, também protege o interesse público.

Também na relação de emprego não se podem considerar absolutos e ilimitados os direitos do empregado; ao mesmo tempo, não se pode admitir que seja ferida a sua dignidade em prol do poder diretivo do empregador.

Outrossim, diante do conflito entre direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, imprescindível que se leve em conta o princípio da proporcionalidade.

Trata-se o princípio da proporcionalidade de mecanismo destinado a evitar proteção excessiva a um direito em detrimento de outro, sobretudo diante do conflito entre direitos constitucionalmente previstos, de forma que exerce a função de medida em que a norma deve ser interpretada no caso concreto, visando o melhor alcance do fim constitucional decorrente do sistema.

O princípio da proporcionalidade, juntamente com os demais princípios de interpretação da Constituição, exige uma ponderação dos direitos constitucionais ou fundamentais que estão em jogo, a fim de se obter a solução mais justa e correta para o caso concreto.

Assim, com base no princípio da proporcionalidade, e a fim de se estabelecer limites entre os direitos em conflito, faz-se necessário uma análise de todos os valores jurídicos envolvidos, quais sejam: o direito à intimidade e privacidade do empregado, o direito à imagem do empregador, seu poder diretivo e o seu direito de propriedade.

No caso específico do uso indevido, ou mau uso do e-mail corporativo, não há que se falar em preservação do direito à intimidade e à privacidade do empregado, de forma que, analisando-se o conflito sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, o direito de propriedade do empregador é que ensejará a proteção jurídica, em detrimento dos direitos à intimidade e à privacidade do empregado.

Neste aspecto, destacamos importante observação de Eugênio Hainzenreder Júnior⁵³:

Com efeito, ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado submete sua força de trabalho ao poder diretivo do empregador, vinculando-se às regras ajustadas. Assim, se a empresa concede a ferramenta eletrônica para auxiliar na prestação de serviços, a sua utilização estará restrita à atividade laboral, não havendo sigilo a ser preservado naquilo que é de propriedade do empregador para uso específico como instrumento de trabalho.

Reiteramos a necessidade de que tenha o empregado plena ciência de se tratar o e-mail corporativo de ferramenta de trabalho, para fins exclusivamente laborais.

⁵³ HAINZENREDER Júnior, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 128.

CAPÍTULO 6

JURISPRUDÊNCIA

PROVA ILÍCITA. E-MAIL - CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

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 da 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, bem assim 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.*

3. *A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o -e-mail- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.*

4. *Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em*

xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

(TST. Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00.7, Recorrente: HSBC Seguros Brasil S.A. e Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. Relator: Ministro João Oreste Dalazen - Publicação no DJ: 10.06.2005). Fonte: Tribunal Superior do Trabalho.

DANO MORAL - JUSTA CAUSA. O julgado a quo registrou que não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador, previamente, avisa a seus empregados acerca das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - Recurso de Revista nº AIRR-1130/2004-047-02-40.9. Agravante: Roberto Bicineri Pereira e Agravada: Nestlé Brasil Ltda. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho – Processo nº TST-AIRR-1130/2004-047-02-40.9 - Julgamento: 31.10.2007). Fonte: Tribunal Superior do Trabalho.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. CABIMENTO. (...) Com efeito, são inúmeras as provas de uso particular do email corporativo, encartadas nos autos apartados. O recorrente assevera que o doc. 187, que dita regras para uso do email, internet e intranet é afixado em local visível a todos. O referido documento expressamente proíbe o uso do correio eletrônico para fins particulares, incorrendo o faltoso na prática de ato grave passível de penalidade com a rescisão por justa causa. (...) Evidentemente, a empregada não pode alegar desconhecimento da regra empresarial. A questão tem sido objeto de apreciação pelos tribunais trabalhistas e mesmo pelo TST, que noticiou no dia 09/06/2008 decisão da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que rejeitou agravo de instrumento de trabalhador contra decisão que manteve sua

demissão por justa causa, por entender que, se ele utiliza o e-mail corporativo para assuntos particulares. Esclarece o informativo que seu acesso pelo empregador não representa violação de correspondência pessoal nem de privacidade ou intimidade, pois se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pela empresa para utilização no trabalho. e o empregado deve utilizar o correio eletrônico da empresa de forma adequada e respeitando os fins a que se destina - inclusive, conclui, "porque, como assinante do provedor de acesso à Internet, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei". Assim, resta configurado ato de indisciplina previsto na alínea "h", do art. 482 da CLT, a justificar a demissão por justa causa.

(TRT 2ª Região - Processo nº 00906.2009.202.02.00-9 - Recurso Ordinário - 1.º Recorrente: Alpha Company & Transportes Ltda - 2.º Recorrente: Gabriely Gonçalves Passini - Origem: 02ª Vara do Trabalho de Barueri/SP – Publicação: 21.01.2011). Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

UTILIZAÇÃO DE EMAIL CORPORATIVO PARA INSULTOS. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. APURAÇÃO COM DISPENSA POSTERIOR. A utilização de email corporativo para insultar o destinatário, empregando inclusive com palavras de baixo calão, afeta a imagem da empresa e constitui motivo para dispensa por justa causa, por mau procedimento, sendo que o desligamento após a apuração dos fatos não afasta a imediatividade necessária à dispensa motivada. Recurso ordinário do reclamante ao qual se nega provimento.

(TRT 2ª Região - Acórdão nº: 20091063994 - Processo TRT/SP nº: 01109200943102000. Recurso Ordinário Em Rito Sumaríssimo - 01 VT de Santo André - Recorrente: Rafael Batista da Silva - Recorrido: Tim Celular S.A. Relatora: Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva. Julgamento: 01/12/2009). Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

"E-MAIL" CORPORATIVO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO EMPREGADOR. A prova obtida através de correspondências eletrônicas extraídas de "e-mail" corporativo do empregado são lícitas, pois o endereço eletrônico disponibilizado pelo empregador tem vistas única e exclusivamente à execução do serviço e, portanto, é sujeito a seu controle.

(TRT 2ª Região - Acórdão nº: 20090791333 - Processo nº: 01848002220065020472 (01848200647202005) - Recurso Ordinário - 02 Vara do Trabalho de S. C. do Sul - Recorrente: Lojas Renner SA (Segredo De Justiça). Recorrido: Antonio Carlos Figueiredo. Relatora: Mercia Tomazinho. Julgamento: 22/09/2009). Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

DIFERENÇAS DAS VERBAS RESCISÓRIAS. MULTAS DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. 1 - NULIDADE DA DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. VERBAS RESCISÓRIAS. SEGURO-DESEMPREGO. A julgadora de origem indeferiu a conversão da despedida com justa causa em despedida imotivada, bem como o pagamento dos consectários. Entendeu que, em face da prova oral, restou demonstrado o uso indevido dos equipamentos da empresa pelo reclamante em horário de trabalho, inclusive em prejuízo de sua atividade laboral, de modo que o procedimento se enquadraria nas hipóteses das alíneas “b” e “e” do art. 482 da CLT. (...) Assim, comprovada a falta grave imputada, o empregador estava autorizado a promover a despedida do empregado por justa causa. (...).

(TRT 4ª Região - Acórdão da 1ª Turma - Recurso Ordinário nº 01404-2004-281-04-00-1 – Relator: José Felipe Ledur – Julgamento: 25/01/2007). Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Despedida por justa causa. Mau procedimento. Uso indevido de correio eletrônico. Quando se caracteriza. Prova que evidencia a utilização do email funcional, pelo empregado, para difundir informações tendentes a denegrir a imagem da empregadora. Constitui justa causa para a despedida o uso indevido do correio eletrônico fornecido pelo empregador, não se podendo cogitar de infração ao disposto no artigo 5º, inciso XII da CF, já que o serviço de “e-mail” é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional. Sentença mantida.

(TRT 4ª Região - Acórdão da 2ª Turma - Recurso Ordinário nº 00168-2007-203-04-00-3 – Relator: Flavio Portinho Sirangelo – Julgamento: 03/09/2008). Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

I - E-MAIL CORPORATIVO. "INVASÃO" DA EMPREGADORA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO - O correio eletrônico corporativo, por se tratar de ferramenta concedida pela empregadora para a consecução dos serviços, não se reveste do caráter de inviolabilidade previsto no art. 5º, XII, da CRFB/1988, sendo direito da empregadora fiscalizar a correta utilização da ferramenta. Recurso do autor ao qual se nega provimento, no particular.

(TRT 9ª Região - 02379-2006-673-09-00-6-ACO-33941-2008 – 1ª Turma - Relator: Edmilson Antonio de Lima - Publicado no DJPR em 19-09-2008). Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

INTERNET - MENSAGENS ELETRÔNICAS - E-MAIL - COMUNICADOR INSTANTÂNEO - ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SIGILO - INVIOLABILIDADE - CONTROLE POR PARTE DO EMPREGADOR - UTILIZAÇÃO COMO PROVA JUDICIAL - POSSIBILIDADE - Diversamente do que ocorre com as mensagens eletrônicas provenientes ou endereçadas a e-mail (endereço eletrônico) pessoal ou particular do empregado, as quais gozam da proteção constitucional e legal de inviolabilidade (art. 5º, inc. LVI, da CF/88), o correio eletrônico corporativo e programas de envio de mensagens instantâneas (MSN, Yahoo Messenger, Exodus e similares) afiguram-se como meras ferramentas de trabalho para fins de facilitar a comunicação virtual entre empregados e clientes. Não se encontram protegidos, portanto, pela garantia de sigilo, nem de inviolabilidade, até mesmo porque, não raras vezes, sofrem acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas, constituindo-se, pois, em instrumento pelo qual o trabalhador pode, potencialmente, provocar expressivo prejuízo ao empregador. Lícita, portanto, sua monitoração pelo empregador, bem como sua eventual utilização como prova referente a atos ilícitos praticados pelo empregado.

*(TRT 9ª Região - 02963-2005-002-09-00-4-ACO-00265-2007 – 4ª Turma - Relator: Sueli Gil El-Rafihí - Publicado no DJPR em 19-01-2007). **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.***

(...) JUSTA CAUSA. Os documentos de f. 84-86 e 87-89 comprovam que o recorrente tinha ciência da “política de segurança de recursos de informação” de sua empregadora, a qual vedava de forma expressa o uso do e-mail para fins particulares (vide item 1 – f. 85 e 88).

E há prova nos autos de que descumpriu as orientações contidas naqueles documentos, observando-se que, ao contrário do que quer fazer crer, não apenas recebia, mas também enviava e-mail’s, ainda que estes tenham somado apenas quatro, conforme asseverou à f. 352.

Ademais, o empregado deveria deletar o e-mail que contivesse impropriedades, como pornografia, piadas, etc..., conforme consta no item 4, à f. 85 e 88, o que, como visto não ocorreu, haja vista as inúmeras correspondências reproduzidas nos autos (f. 124-350).

O teor das mensagens, também ao contrário do que sustenta o recorrente, não foi o específico motivo determinante de sua dispensa por justa causa, mas sim o uso para fins particulares do correio eletrônico.

Não colhe, outrossim, o argumento de que houve violação ao art. 5º, II da CF (sigilo de correspondência) e produção de prova ilícita.

Por meio dos documentos de f. 84-89 o recorrente teve ciência das restrições impostas quanto ao acesso e uso da Internet e também de que a recorrida se reservou o direito de monitorar a utilização do sistema e tomar as providências que reputasse cabíveis em caso de eventual irregularidade, dentre as quais se incluía a dispensa por justa causa (f. 86 e 89).

Ora, incontroverso que o uso do e-mail em questão era exclusivamente corporativo, não cabe falar-se em garantia de sigilo quanto ao mesmo.

Em outras palavras, 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 art. 5º, inciso XII da CF. (...) Assim, comprovada a quebra da fidúcia inerente ao contrato de trabalho, legítima a dispensa por justa causa, não procedendo o inconformismo esposado em recurso. (...) Ante o exposto, decide-se conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

*(TRT 15ª Região. Recurso Ordinário - Processo nº 01144-2004-046-15-00-0 - 8ª Câmara - Recorrente: Adalberto Vieira de Paula. Recorrido: Dairy Partners Américas Brasil Ltda. Origem: Vara do Trabalho de Araras – Relatora: Vera Teresa Martins Crespo. Julgamento: 27.07.2007). **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.***

(...) Nem se argumente que o rastreamento de email se constitui prova ilícita. O trabalhador, ao assinar o documento de fls.51/54 da Medida Cautelar em apenso, estava ciente de que o acesso e a utilização da Internet fornecida pela empresa, em especial a utilização do correio eletrônico (email) era permitida essencialmente para o uso profissional. O documento referido esclarecia, ainda, que a partir de sua assinatura, e com a ciência das parte, a empresa facultava-se a fazer verificação, através dos filtros, de todo o conteúdo das correspondências eletrônicas encaminhadas e recebidas através do email profissional. Assim, diante dos documentos juntados e dos depoimentos prestados, restou comprovada a quebra da fidúcia inerente ao contrato de trabalho, restando legítima a dispensa por justa causa relacionada ao mau procedimento a que faz referência o artigo 482, b, da CLT. Mantida a justa causa, descabido falar-se no pagamento das verbas rescisórias relativas à dispensa imotivada. (...).

*(TRT 15ª Região. Recurso Ordinário - Processo nº 01206-2005-030-15-00-0 - 8ª Câmara – 4ª Turma - Relator: João Batista Da Silva. Julgamento: 06/09/2006). **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.***

CONCLUSÃO

Diante das reflexões do presente estudo, constatamos que as ferramentas de trabalho decorrentes dos avanços tecnológicos, sobretudo o e-mail corporativo, trouxeram ao ambiente laboral novos métodos de fiscalização e controle por parte do empregador, bem como uma colisão de direitos frente à intimidade e privacidade do empregado.

Por certo que a escassez de normas regulamentando essa nova realidade digital acaba por gerar dificuldade na imposição dos devidos limites entre o poder diretivo do empregador - em defesa de sua propriedade - e os direitos fundamentais dos trabalhadores.

No entanto, inquestionável o fato de que a celebração de um contrato de trabalho não poderá retirar do trabalhador a condição de ser humano detentor de direitos, os quais permanecerão íntegros e inalterados, em que pese a existência da subordinação jurídica e sua submissão ao poder diretivo do empregador.

Assim, verificamos que os direitos fundamentais têm plena aplicação no Direito do Trabalho, devendo ser preservados pelo empregador e empregado, a fim de que o contrato de trabalho cumpra a sua função social.

Não se olvida de que o monitoramento dos e-mails corporativos seja uma segurança até mesmo para os próprios empregados, haja vista que, além do mau uso acarretar responsabilidades e prejuízos para a empresa, todo conteúdo escrito na *Internet* é de responsabilidade de seu autor, podendo, portanto, gerar responsabilidades civis e criminais também aos empregados, além da dispensa por justa causa.

Cabe ressaltar a necessidade de que o monitoramento por parte do empregador seja moderado, visando apenas atingir o seu fim, sem jamais pretender atingir a intimidade e a dignidade do trabalhador. É imprescindível que o empregador adote uma posição de equilíbrio, não se permitindo excessos a pretexto do exercício do poder de direção.

Salientamos que o e-mail pessoal do empregado se encontra protegido pela inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações, ainda que utilizado no ambiente de trabalho, de forma que não será permitido ao empregador fiscalizar o seu conteúdo, sob pena de se configurar excesso passível de responsabilização.

Em contrapartida, não há que se falar em inviolabilidade do sigilo das correspondências em relação ao e-mail corporativo, vez que disponibilizado para o fim exclusivo do exercício das atividades laborais, não podendo, portanto, ser equiparado às correspondências postais e telefônicas para efeito de proteção à sua interceptação.

Assim, a fim de evitar excessos e preservar a dignidade do trabalhador, o empregador deverá elaborar e divulgar previamente as normas internas que definam a política de uso dos sistemas de informática a ser seguida na empresa, delimitando direitos, deveres e obrigações. As regras devem ser claras quanto à finalidade exclusiva do e-mail corporativo.

Ainda quanto aos excessos, insta ressaltar que serão passíveis de responsabilização, consoante o disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, de forma que as rotinas de segurança e controle dos e-mails corporativos deverão ter como limite intransponível os direitos personalíssimos dos empregados.

Dessa maneira, cabe ao empregador zelar para que os seus empregados sejam conduzidos de forma digna, com urbanidade e respeito, de modo que injustificadas ofensas não sejam admitidas no ambiente de trabalho, posto que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Não se pode permitir que o direito de propriedade do empregador se sobreponha ao direito à intimidade do empregado, sendo ambos assegurados pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X e XXII, respectivamente.

Por outro lado, diante da inequívoca ciência dos empregados quanto à política de uso dos sistemas de informática da empresa, e sabendo tratar-se de ferramenta de trabalho, não há que se falar em intimidade ou privacidade a ser preservada quando de sua utilização.

Melhor elucidando a questão, ressaltamos que não se pretende aqui ousar retirar do empregado o direito de ter sua privacidade respeitada também no ambiente laboral, no entanto, uma vez que tenha prévia e inequívoca ciência de tratar-se o e-mail corporativo de ferramenta de trabalho, para utilização exclusivamente profissional, por certo que não poderá alegar em sua defesa a existência sequer de expectativa de privacidade.

Nessa hipótese, se o empregado utiliza o e-mail corporativo para fins abusivos e ilegais, em prejuízo da empresa ou do desenvolvimento do trabalho para o qual fora contratado, por certo que não poderá se socorrer das garantias constitucionais, podendo inclusive ser dispensado por justa causa.

Dessa forma, concluímos ser de suma importância a elaboração e implantação de uma minuciosa política de uso dos sistemas de informática por parte dos empregadores que disponibilizam e-mails corporativos aos seus empregados, com ampla divulgação e intenso trabalho de conscientização na empresa.

Por fim, diante do conflito entre direitos fundamentais, tais como o direito de propriedade do empregador e a intimidade e vida privada do empregado, consideramos imprescindível que seja levado em conta o princípio da proporcionalidade, a fim de se compatibilizar a existência desses direitos constitucionalmente previstos.

Por todo exposto, esperamos que o presente estudo contribua para que empresas e empregados se utilizem dos benefícios trazidos pelos avanços tecnológicos, que são inúmeros e inquestionáveis, compatibilizando a evolução empresarial com a garantia dos direitos fundamentais do empregado, sempre buscando a solução dos conflitos e a manutenção de um ambiente de trabalho sadio, harmonioso e produtivo.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

FERREIRA, Aluísio Henrique. **O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HAINZENREDER Júnior, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

LOBO, Eugenio Haddock; LEITE, Júlio César do Prado. **Comentários à constituição federal**. V. 1. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989.

MANTOVANI Junior, Laert. **O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martirez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro – **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2009.

PAULA, Wesley Roberto de – **Publicidade no processo judicial eletrônico: Busca da indispensável relativização**. São Paulo: LTr, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital** / Patrícia Peck Pinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIANNA, Márcio Túlio. **Sucessão sem trabalho para o sucessor**. São Paulo: LTr, Suplemento Trabalhista, n. 90, 1996.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/> >