

Revista Eletrônica

Tribunal Regional do Trabalho do Paraná

v.2 – n.19 junho 2013



Correio Eletrônico 19 edição
Junho

Ficha Técnica



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

CURITIBA - PARANÁ
ESCOLA JUDICIAL

PRESIDENTE

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão

VICE-PRESIDENTE

Desembargador Altino Pedrozo dos Santos

CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador Dirceu Buyz Pinto Júnior

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2012/2013

Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu- Diretora

Desembargadora Ana Carolina Zaina - Vice-Diretora

Juiz Paulo H. Kretzschmar e Conti – Coordenador

Juiz Eduardo Milléo Baracat - Vice-Coordenador

Desembargador Arion Mazurkevic

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Juiz Cássio Colombo Filho

Juíza Valéria Rodrigues Franco da Rocha

Juiz Lourival Barão Marques Filho

Juiz Rafael Gustavo Palumbo

COMISSÃO DE PUBLICAÇÕES

Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu-Diretora

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Juiz Cássio Colombo Filho

GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Angélica Maria Juste Camargo

Eloina Ferreira Baltazar

Joanna Vitória Crippa

Juliana Cristina Busnardo de Araújo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima

Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio

Willians Franklin Lira dos Santos

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência

Serviço de Biblioteca e Jurisprudência

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

Assessoria de Uniformização de Jurisprudência

FOTOGRAFIA

Assessoria de Comunicação

Patrícia Dvorak

Acervos dos pesquisadores- SXC

APOIO À PESQUISA E REVISÃO

Maria Ângela de Novaes Marques

Márcia Bryzynski

DESIGN GRÁFICO

Patrícia Eliza Dvorak

Acórdãos, Sentenças, Ementas, Artigos e Informações.

Edição temática: Correio Eletrônico

Periodicidade Mensal

Ano II – 2013 – n. 19

Envie sua contribuição (sentenças, acórdãos ou artigos) para o e-mail escolajudicial@trt9.jus.br

Sumário

1. Apresentação.....6

2. Artigos

2.1 Direitos da Personalidade do Trabalhador e Correio Eletrônico - Rúbia Zanotelli de Alvarenga.....**8**

2.2 A Inconstitucionalidade da Violação de E-Mail do Empregado pelo Empregador - Euler Sinoir de Oliveira**37**

2.3 O Conflito entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente de Trabalho - Adriana Calvo**54**

2.4 Uso Laboral e Extralaboral do Correio Eletrônico e Internet. Controle Patronal Indevido ou Abusivo. Lesão aos Direitos Fundamentais de Segredo das Comunicações e Privacidade - Emília Simeão Albino Sako**69**

2.5 O Direito a Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de e-mails por parte do Empregador - Leda Maria Messias Da Silva / Laert Mantovani Jr.....**88**

3. Acórdãos

3.1 Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, publicado no DJe 16/02/2012, Relator Desembargador Célio Horst Waldraff.**118**

3.2 Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Publicado no DJPR em 22/07/2011 - Relatora Desembargadora Marlene T. Fuverki Sugimatsu.....**122**

- 4.3** Acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Publicado em 26/06/2012, Relator Marco Antônio Vianna Mansur.**137**
- 3.3** Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Publicado no DJPR em 05-04-2013, Relator Desembargadora Sueli Gil El Rafihi.....**146**
- 3.4** Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, publicado no DEJT em 10/06/2005, Relator Ministro João Oreste Dalazen.**155**
- 3.5** Acórdão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, publicado no DEJT em 05/04/2013, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.**179**

4. Ementas

- 4.1** DANO MORAL. PERDA DE VAGA NO MERCADO DE TRABALHO. MENSAGEM DE CORREIO ELETRÔNICO. PROVA FRÁGIL.**185**
- 4.2** 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**185**
- 4.3** LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO: DEMISSÃO SUMÁRIA DE EMPREGADO. RIGOR EXCESSIVO, PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.....**186**
- 4.4** E-MAIL CORPORATIVO. "INVASÃO" DA EMPREGADORA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO.....**186**
- 4.5** RECURSO DE REVISTA. [...] 3. JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO. TRANSMISSÃO DE MENSAGEM INADEQUADAS.....**187**
- 4.6** I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. [...] 2. JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO.....**187**

4.7 [...]INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - VIOLAÇÃO À INTIMIDADE - ARROMBAMENTO DE ARMÁRIO PRIVATIVO E VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA PESSOAL (CORREIO ELETRÔNICO E DADOS PESSOAIS) (por violação ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal).....**187**

4.8 AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO . LEI Nº 9.800/99.....**188**

5. Sentenças

5.1 Processo nº XXXXX - 2009-094-09-00-8 Publ. Em 11-12-2009, Vara Do Trabalho De Francisco Beltrão, Juíza Ilse Marcelina Bernardi Lora**189**

5.2 Processo nº XXXXX - 2008-652-09-00-1 Publ. Em 03-07-2012, 18ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Anelore Rothenberger Coelho**198**

5.3 Processo nº XXXXX - 2011-009-09-00-3 publ. em 31-08-2012, 9ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Graziella Carola Orgis**205**

5.4 Processo nº XXXXX - 2011-005-09-00-8 publ. em 12-03-2012, 5ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Isabella Braga Alves**211**

5.5 Processo nº XXXXX - 2007-003-09-00-3 publ. em 14-10-2008, 3ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Camila Campos De Almeida.**214**

5. Sinopses

5.1 BELMONTE; Alexandre Agra. O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2004.....**220**

5. Bibliografia**222**

6. Registro Fotográfico**224**

Apresentação

A presente edição da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região tem como tema o “Correio Eletrônico”, que envolve complexa e ainda não integralmente desvendada problemática jurídica nas relações sociais, com especial destaque para as relações de trabalho.

Trazendo grande contribuição para este debate, importantes estudiosos do tema contribuíram com suas reflexões para a construção desta Revista.

Leda Maria Messias da Silva e Laert Mantovani Jr., no artigo “O direito a intimidade do empregado e a possibilidade de monitoramento de e-mails por parte do empregador”, se propõem a traçar nesta questão os limites entre o poder diretivo do empregador e os direitos de personalidade do empregado. Rúbia Zanotelli de Alvarenga, com o artigo intitulado “Direitos da personalidade do trabalhador e correio eletrônico”, desenvolve a ponderação entre direitos de empregados e de empregadores na utilização e nas possibilidades de restrições de uso de e-mails particulares e correio eletrônico corporativo. “O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho” é o tema abordado por Adriana Calvo para propugnar por uma nova leitura constitucional do art. 2º da CLT.

A Juíza do Trabalho deste Tribunal Emília Simeão Albino Sako, no artigo “Uso laboral e extra laboral do correio eletrônico e internet, controle patronal indevido ou abusivo, lesão aos direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade”, analisa os impactos na utilização das novas tecnologias sobre o controle da atividade do trabalhador e suas repercussões no direito ao segredo de comunicações e de privacidade. Sustentando que a

violação de e-mail pessoal ou corporativo representa prática ilegal e ofensiva à Constituição, Euler Sinoir de Oliveira, oferece aos leitores o seu estudo intitulado “A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador”.

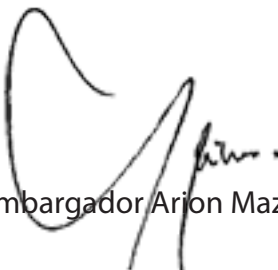
Nesta edição a resenha é dedicada à obra “O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho”, de autoria do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Alexandre Agra Belmonte.

Como é de sua tradição, versando sobre o tema desta edição, a Revista contempla ainda o leitor com coletânea de acórdãos, ementas, sentenças e referências de material existente na biblioteca deste Tribunal.

A excelência das abordagens teóricas, complementada pela criteriosa seleção de precedentes jurisprudenciais, certamente propiciarão elementos valiosos para estudo e reflexão do leitor sobre este tema de grande atualidade e importância.

Boa leitura!

Curitiba, junho de 2013.



Desembargador Arion Mazurkevic

Artigos

Direitos da Personalidade do Trabalhador e Correio Eletrônico



Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Casa do Estudante em Aracruz, ES. Professora de Direito do Trabalho e Previdenciário de Cursos de Pós-Graduação em Vitória, ES. Membro Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Advogada.

Os *e-mails particulares* não podem ser objeto de fiscalização por parte do empregador, pois estão protegidos pelo direito à intimidade e à privacidade do empregado. Assim, o empregador tem a prerrogativa de restringir ou de proibir o acesso ao correio eletrônico pessoal durante o expediente de trabalho. Em relação ao correio eletrônico corporativo, por se tratar de uma ferramenta de trabalho, ele não está sujeito à inviolabilidade do sigilo de correspondência prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XII). É consentida a sua fiscalização pelo empregador, visto que o empregado pode vir a utilizá-lo de forma abusiva ou ilegal. Portanto, na ponderação de direitos, prevalecerá a tutela do direito de propriedade e de livre iniciativa do empregador sobre o da privacidade e da intimidade do empregado, conforme será demonstrado neste estudo.

1. Os direitos da personalidade no Direito do Trabalho

A ideia de proteção aos direitos da personalidade do ser humano representa algo próprio e inerente à sua natureza de que irradiam direitos fundamentais ao seu pleno desenvolvimento e necessários à preservação dos seus aspectos físico, psíquico, moral e intelectual. Violados quaisquer direitos da personalidade do trabalhador, estar-se-á violando a sua dignidade.

Como Bittar (2003) ensina:

Os direitos da personalidade são direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 2003, p. 03).

Em sendo protetores da dignidade da pessoa humana, os direitos da

personalidade têm por objeto assegurar os elementos constitutivos da personalidade do ser humano, tomada nos aspectos da integridade física, psíquica, moral e intelectual da pessoa humana. Ademais, são direitos que jamais desaparecem no tempo e nunca se separam do seu titular.

Assim, prefere-se, neste artigo, classificar os direitos da personalidade entre aqueles que visam a proteger os aspectos físicos, psíquicos, morais e intelectuais do ser humano. O direito à integridade física é o que pretende, por exemplo, a tutela do direito à vida, à higidez física, ao alimento, bem como o direito ao próprio corpo e à destinação do cadáver. O direito à integridade psíquica, por sua vez, possui a finalidade de promover a saúde mental do ser humano. O direito à integridade intelectual abrange o direito à liberdade de pensamento e de autoria científica, artística e literária além do direito de inventor. E, por último, o direito à integridade moral enseja proteger a intimidade, a honra, a vida privada, o recato, a liberdade, o nome e o pseudônimo, o segredo profissional e doméstico, a identidade pessoal, familiar e social, a imagem, a moral de autor intelectual e a voz.

Por derradeiro, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são inatos e inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São direitos que nascem com a pessoa humana e a acompanham durante toda a sua existência, tendo como primordial a proteção aos atributos da personalidade e à dignidade da pessoa humana – em todos os aspectos (*físico, psíquico, moral e intelectual*). De tal modo, possuem uma concepção jusnaturalista, pois são pertencentes ao ser humano pela sua mera condição humana. Isso faz com que independam de previsão normativa.

Corroborando o pensamento jusnaturalista, Bittar (2003, p. 13) conceitua os direitos da personalidade como aqueles que integram a essência do ser humano como condição da sua própria existência, tratando-os como direitos naturais ou direitos inatos, que consistem em atributos ou dotes próprios que individualizam cada pessoa, sendo condizentes com a natureza humana e sendo anteriores ao Estado, o qual tem o dever de reconhecê-los e de protegê-los em face do poder público e em relação às incursões de particulares, impondo um comportamento negativo através do poder-dever de aplicar sanção, no caso de desrespeito ou de ofensa. Para o autor, o ordenamento positivo existe em função do homem em sociedade. E ainda:

São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza

do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção, independentemente de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de lege lata, pelo Estado, ou pelos particulares. (BITTAR, 2003, p. 12).

Bittar (2003) considera os direitos do homem, ou da personalidade, aqueles que o ser humano possui em face de sua própria condição. São, portanto, direitos naturais, ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem.

Em razão disso, ainda consoante Bittar (2003), nem todos os direitos supraestatais estão explicitados na Constituição:

Ao revés, tem ocorrido apenas uma parcial constitucionalização dos direitos da pessoa, direitos a que o Estado deu força jurídica positiva. Ora, esses direitos assim consagrados é que constituem “liberdades públicas”, que, sob esse aspecto, representam os próprios direitos do homem depois de positivados. Têm assim a sua fonte no direito natural, onde se acha, aliás, o fundamento ético do direito positivo. (BITTAR, 2003, p. 25).

Na mesma linha de raciocínio, encontra-se o pensamento de Alkimin (2009), ao estatuir acerca da importância da corrente jusnaturalista para permitir melhor compreensão dos direitos da personalidade nas relações de trabalho:

O direito natural está acima do direito positivo; dele independe, ao passo que o direito positivo só tem sentido diante da existência do direito natural, sendo que as leis que embasam o direito positivo devem obediência à lei natural, pois expressa conteúdo ético moral, retratando a razão humana e divina, portanto, dotada de validade em si mesma. (ALKIMIN, 2009, p. 54).

Em vista disso, França (1980, p. 214) afirma que os direitos da personalidade não podem ser somente aqueles previstos expressamente pelo ordenamento positivo. Para cumprirem seu fim individual e social, eles não precisam ser concebidos ou reconhecidos pelo Estado. São direitos

"A concepção jusnaturalista está ligada à ideia de que os direitos da personalidade transcendem ao direito positivado, porquanto inerentes à condição humana. Por isso, eles não podem ser enumerados de forma taxativa, sendo, portanto, inesgotáveis e ilimitados."

que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana.

Szaniawski (2005, p. 241) também enquadra os direitos da personalidade no conceito de direito natural por se apoiarem na natureza das coisas. É o direito natural que assegurará o respeito à dignidade da pessoa humana, donde surgirá a noção de direitos da personalidade em todos os seus aspectos e amplitude.

Opta-se aqui, também, pelo posicionamento jusnaturalista que protege os direitos da personalidade do indivíduo, independentemente de serem estes reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, eis que inerentes ao ser humano. A concepção jusnaturalista está ligada à ideia de que os direitos da personalidade transcendem ao direito positivado, porquanto inerentes à condição humana. Por isso, eles não podem ser enumerados de forma taxativa, sendo, portanto, inesgotáveis e ilimitados.

Os direitos da personalidade não representam rol taxativo, uma vez que a sua tutela poderá ser estendida a novos atributos da personalidade, não necessitando, assim, do reconhecimento pelo Estado para que tenham força normativa.

Em razão disso, afirma Bittar (2003, p. 23) que os direitos da personalidade são "aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição", ou seja: eles são "direitos naturais, ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem".

Importante pontuar que a Constituição Federal de 1988 protege os direitos da personalidade do trabalhador e a sua condição de dignidade:

Artigo 5º. [...]

Inciso 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; [...]

Seguindo a visão de Válio (2006), o termo "direitos da personalidade" recebeu o adjetivo de "princípios constitucionais da personalidade" por se encontrarem inseridos na classificação dos direitos da personalidade. Assevera o autor:

Podemos afirmar acerca da existência de princípios constitucionais de personalidade, destacando-se

os princípios constitucionais de personalidade da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do direito à imagem, do direito à intimidade e da integridade física e moral. (VÁLIO, 2006, p. 33).

Assim, como Válio (2006) destaca, na Constituição Federal de 1988, vislumbra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, no inciso III, do art. 1º; o da igualdade; no caput, do art. 5º; o do direito à intimidade; no inciso X, do art.5º, o do direito à imagem; e no inciso V, do art. 5º, o do direito à integridade física e moral.

Pode-se concluir, então, que os direitos da personalidade apresentam-se como princípios constitucionais do trabalho dada a simples proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 a tais direitos.

No Direito do Trabalho brasileiro, a CLT prevê norma expressa sobre direitos da personalidade no art. 373-A, VI, introduzido pela Lei nº 9.799, de 26.05.1999, que veda a revista íntima nas empregadas; e os arts. 482, *alíneas "j" e "k"*, e 483, *alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "f"*:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

[...]

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria

ou de outrem;

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

[...]

A CLT também faz referência à proteção aos direitos da personalidade do trabalhador quando, em seu art. 29, proíbe o empregador de proceder a qualquer espécie de anotação desabonadora acerca da conduta do empregado em sua CTPS:

Art. 29. A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especialmente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

§ 1º. As anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de

pagamento, seja ela em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta.

§ 2º. As anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social serão feitas:

- a) na data-base;
- b) a qualquer tempo, por solicitação do trabalhador;
- c) no caso de rescisão contratual; ou
- d) necessidade de comprovação perante a Pre-vidência Social.

§ 3º. A falta de cumprimento pelo empregador do disposto neste artigo acarretará a lavratura do auto de infração pelo Fiscal do Trabalho, que deverá, de ofício, comunicar a falta de anotação ao órgão competente, para o fim de instaurar o processo de anotação.

§ 4º. É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social.

§ 5º. O descumprimento do disposto no § 4º deste artigo submeterá o empregador ao pagamento de multa prevista no art. 52 deste Capítulo. (grifo nosso).

Na seara infraconstitucional do Direito do Trabalho brasileiro, o art. 1º, da Lei nº 9.029/95, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

E, por último, vislumbra-se a disposição contida no art. 216-A, do Código Penal, que tipifica como crime o assédio sexual (por chantagem) laboral:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou

ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 2º. A pena é aumentada em até um terço, se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Importante observar que, uma vez verificada a lacuna da legislação trabalhista no que tange à aplicação dos direitos da personalidade, as disposições contidas no Código Civil de 2002, referentes ao capítulo dos direitos da personalidade, devem-se aplicar ao Direito do Trabalho, desde que em conformidade com o art. 8º, da CLT, que assim estabelece:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito de Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Aplicam-se, portanto, na seara do trabalho, as regras da legislação comum, mediante a aplicação subsidiária dos arts. 11 a 21, do Código Civil, que tratam dos direitos da personalidade. Devem, contudo, ser observadas as ponderações de Maurício Delgado (2010) quanto ao tema:

Qualquer dos princípios gerais que se aplique ao Direito do Trabalho sofrerá, evidentemente, uma adequada compatibilização com os princípios e regras próprias a este ramo jurídico especializado, de modo que a inserção da diretriz geral não se choque com a especificidade inerente ao ramo justralhista. (DELGADO, 2010, p. 192).

Como se verifica, a CLT não tratou de forma sistematizada os direitos da personalidade no âmbito das relações de trabalho. Não existe, portanto, um capítulo específico da CLT que assegure a proteção aos

direitos da personalidade no Direito do Trabalho.

Apesar disso, assevera Leite (2007):

Sem embargo da autorização do parágrafo único do art. 8º da CLT para a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002, o certo é que a própria Constituição Federal de 1988, por ser a fonte de todo o ordenamento jurídico brasileiro, já é condição suficiente para sanar a lacuna do texto consolidado. (LEITE, 2007, p. 40).

Não obstante a previsão normativa acerca dos direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988, no Código Civil brasileiro, na CLT e em legislações infraconstitucionais, tais direitos não são considerados *numerus clausus*.

Hainzenreder Júnior (2009) assinala que a não apresentação de um rol exaustivo dos direitos da personalidade representa uma atitude louvável do legislador brasileiro. Ele relata que não há possibilidade de tutelar todos os reflexos da personalidade nas mais variadas manifestações, em decorrência de a dinâmica das relações sociais ensejar sempre novas formas de proteção ao indivíduo.

Weinert (1990), a respeito da questão, também assinala:

O tema não se esgotou nem se esgotará jamais, vez que, a cada momento, novas facetas do direito da personalidade poderão ser reveladas, sendo certo, por outro lado, que as conquistas até aqui obtidas são irreversíveis, vez que, guiadas por um movimento em espiral, sem retorno. (WEINERT, 1990, p. 55).

Faz-se necessário registrar, ainda, a disposição contida no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que consagra a tutela aberta aos direitos da personalidade quando estipula que os direitos e as garantias expressos no texto constitucional não são exaustivos, admitindo outras manifestações dos direitos fundamentais.

1.1 Direito à intimidade

A intimidade atua como uma espécie dos direitos da personalidade do empregado e compreende um direito humano fundamental, assegurado

"Pelo direito à intimidade, o empregado, na qualidade de sujeito de direitos, possui a liberdade de escolher as suas convicções religiosas e políticas, as suas tendências sexuais, as suas opções, os seus desejos, e, ainda, de manifestar livremente seu pensamento ou, da mesma forma, de ocultar ou de guardar segredo acerca das suas ideias e suas preferências."

ao mesmo, de não ter a revelação de aspectos pessoais da sua intimidade e dos seus sentimentos ou pensamentos a terceiros.

Consoante ensina Calvo (2009)¹ :

[...] a intimidade qualquer pessoa tem, em qualquer lugar onde se encontre, pois ela significa a esfera mais íntima, mais subjetiva e mais profunda do ser humano, com as suas concepções pessoais, seus gostos, seus problemas, seus desvios, etc.

Pelo direito à intimidade, o empregado, na qualidade de sujeito de direitos, possui a liberdade de escolher as suas convicções religiosas e políticas, as suas tendências sexuais, as suas opções, os seus desejos, e, ainda, de manifestar livremente seu pensamento ou, da mesma forma, de ocultar ou de guardar segredo acerca das suas ideias e suas preferências.

1.2 Direito à vida privada

A vida privada está diretamente ligada aos relacionamentos de ordem social e familiar estabelecidos pelo empregado para o desenvolvimento das suas relações humanas no seio da sociedade.

Também de acordo com os ensinamentos de Calvo (2009): “a privacidade é uma forma de externar essa intimidade, que acontece em lugares onde a pessoa esteja ou se sinta protegida da interferência de estranhos, como a casa onde mora”.

Calvo (2009) assevera que “o direito à privacidade constitui-se na escolha entre divulgar ou não o que é íntimo, e, assim, construir a própria imagem. A privacidade é um direito natural”.

Logo, o empregador não pode se intrometer nas escolhas traçadas pelo empregado, pois somente o ser humano, individualmente, e de forma plena, é capaz de escolher os relacionamentos que possam lhe trazer bem-estar e felicidade e, por conseguinte, uma vida pessoal e social harmônica e saudável.

Ao traçar a distinção entre intimidade e vida privada, esclarece Calvo (2009) que “por *íntimo* se deve entender tudo o que é interior

¹ CALVO, Adriana. **Breves considerações sobre a decisão do TST relativa ao uso do correio eletrônico**. Texto sem publicação impressa. Endereço eletrônico: vide Referências.

ou simplesmente pessoal ('somente seu,' como se costuma dizer popularmente); e por *privado*, o caráter de *não-acessibilidade* às particularidades contra a vontade do seu titular".

Constitui, então, invasão de privacidade o empregador interferir no tipo de amizade nutrida pelo empregado, questionar se é homossexual, se deseja se casar ou se mantém um relacionamento íntimo com colega de trabalho na mesma empresa.

Calvo (2009) enfatiza: "o direito fundamental de privacidade e intimidade do empregado amparado constitucionalmente (art. 5º, inciso X, CF/88 e art. 20 e 21 do CC) representa um espaço íntimo intransponível por intromissões de terceiros, principalmente do empregador".

2. Os limites do poder empregatício

Existem procedimentos de natureza organizacional derivados do poder empregatício que são adotados pelo empregador como forma de proteger o seu patrimônio e de fiscalizar a prestação de serviços dos empregados. Dentre os vários procedimentos existentes, cabe destacar a verificação do correio eletrônico que pode ensejar abusos pelo empregador.

Convém ressaltar que o e-mail pode ter cunho corporativo ou particular. Este último é utilizado pelos internautas de maneira pessoal e íntima, sendo o seu acesso livre por qualquer meio de comunicação eletrônica. Ao passo que o e-mail corporativo é acessado no computador fornecido pela empresa aos empregados, estando, desse modo, relacionado a assuntos estritamente profissionais, a menos que exista consentimento expresso do empregador para a sua utilização com fins de natureza particular.

A legislação trabalhista não possui uma normatização específica acerca do monitoramento do e-mail no ambiente de trabalho. Por haver essa lacuna, o caso fica à mercê do exercício do "poder regulamentar", que é conferido ao empregador. Tal modalidade de poder representa a prerrogativa atribuída ao empregador para a fixação das normas disciplinadoras das condições gerais e específicas relativas à prestação de serviços por parte do empregado no âmbito empresarial. O poder regulamentar compreende normas de caráter técnico, às quais o empregado está subordinado, com o objetivo de manter a ordem interna na empresa, e materializa-se por meio de cartas, avisos, instruções ou circulares, podendo ser regido pelo regulamento interno da empresa,

quando houver. São instrumentos que se efetivam de acordo com as particularidades de cada estabelecimento empresarial.

Entretanto, é relevante destacar que o próprio regulamento, ao estabelecer as normas de conduta do empregado, de certa forma, limita o poder empregatício do empregador, fazendo com que o mesmo respeite o que foi entabulado, pois, através do regulamento empresarial, são traçadas as normas fundamentais quanto ao modo de exercício do trabalho por todos os integrantes do pacto contratual.

2.1.1 A monitoração do e-mail corporativo

O e-mail corporativo é aquele que é acessado no computador fornecido pela empresa aos empregados, estando, desse modo, relacionado a assuntos estritamente profissionais, a menos que haja consentimento expresso do empregador no sentido da utilização do e-mail corporativo para fins particulares. A fiscalização se restringe apenas aos e-mails que pertencem à empresa e desde que seja dada ciência ao trabalhador.

Sobre isso, afirma Calvo (2009): “As empresas devem permitir um uso mínimo do correio eletrônico corporativo para fins particulares ou alternativamente o acesso ao próprio e-mail particular do empregado de forma moderada e razoável”.

As novas tecnologias, em especial a informática, desencadearam não só o aparecimento de novas relações de trabalho (trabalho a distância e teletrabalho), mas também novas formas de controle sobre a prestação de serviços do empregado, como o monitoramento do correio eletrônico.

É cediço que, em razão do uso intensivo dos equipamentos tecnológicos postos à disposição do empregado, independentemente da sua presença física no local de trabalho, o empregador passou a controlar o envio e o recebimento de e-mails utilizados pelos empregados.

Para Belmonte (2004, p. 61), uma das razões que leva à prática do rastreamento pelas empresas das navegações na internet e à verificação de e-mails está relacionada à associação do mau uso do bom nome e da boa imagem do estabelecimento.

Sob o manto do poder diretivo, passaram os empregadores a monitorar a utilização da internet e dos e-mails de seus empregados, com a finalidade de verificar, também, se o tempo gasto na internet é utilizado para o trabalho ou para fins particulares, bem como se os e-mails

recebidos ou enviados pelos trabalhadores são utilizados de acordo com as orientações da empresa.

Segundo Doneda (1999), a utilização do e-mail corporativo

Melhora as condições de trabalho instantaneamente de muitas empresas. Os empregados podem se comunicar instantaneamente, sem a necessidade de deslocamento, e não é necessário que as partes estejam imediatamente disponíveis – como seria no caso de uma chamada telefônica. O uso de papel diminui, visto que comunicações internas podem ser enviadas por meio digital, a considerar a existência de uma rede de correio eletrônico interna [...]. (DONEDA, 1999, p. 84).

O correio eletrônico é um meio de correspondência ou de comunicação eletrônica em que é armazenado o depósito de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual.

A esse respeito, relata Lewicki (2003) que, apesar de a tecnologia ter revolucionado o meio eletrônico, o correio eletrônico representa um canal de comunicação de relativa garantia de privacidade, tendo em vista que a mensagem transmitida por uma série de pontos antes de chegar ao destinatário pode ser interceptada nesse percurso. Ademais, o e-mail pode ser recuperado a partir de vários “lugares” após ser recebido, incluindo o disco rígido do remetente ou do destinatário, ou o servidor da empresa, em que ele fica armazenado, como no *backup*, mesmo após ter sido deletado por quem o recebeu. Assim, o correio eletrônico pode facilmente rastrear, interceptar e monitorar as mensagens enviadas por e-mail.

Para Belmonte (2004, p. 63) o correio eletrônico “é um meio de comunicação muito utilizado pelas empresas em razão do baixo custo, da rapidez e da economia de papel”.

Mas Belmonte (2004, p. 28) adverte que “está cada vez mais difícil delimitar o espaço do trabalho, pela mistura crescente entre os elementos relacionados ao trabalho ou à vida profissional com os relacionados à vida íntima do empregado”.

Neste caso, o monitoramento de e-mail pelo empregador acarreta a colisão de direitos fundamentais. De um lado, o *direito fundamental à intimidade e à privacidade* assegurado ao empregado; de outro, o *direito à propriedade privada e à livre iniciativa* assegurado ao empregador.

Ambos estão protegidos pela Constituição, porém um dos dois terá que ceder diante do caso concreto. Assim, para solucionar tal conflito, deve o intérprete e aplicador do Direito do Trabalho invocar o princípio da ponderação como critério solucionador entre os direitos fundamentais em choque. Desse modo, o Juiz, ao concretizar um direito fundamental, deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Ainda Belmonte (2004), ao discorrer sobre o juízo de ponderação, assinala que este visa a estabelecer a solução de tal conflito, fundamentando-se em três princípios, quais sejam: o da unidade da Constituição, pela interpretação sistemática das normas e dos princípios; o da concordância prática, por meio da harmonização que permita o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes na busca da máxima concretização dos direitos envolvidos; e o da proporcionalidade, por meio do balanceamento e do estabelecimento de limites, objetiva a prevalência de um direito sobre o outro, quando absolutamente necessário, para a resolução do conflito. E mais:

Utilizados os critérios de resolução de colisão de direitos, conclui-se que o direito à propriedade do empregador, do qual resulta o poder diretivo, e o direito à intimidade do empregado têm por limite a dignidade do empregado. Mas ambos precisam, diante das características próprias e especiais das relações de trabalho, ser exercidos conforme as necessidades do serviço, o que justifica a harmonização ou a prevalência diante da máxima operacionalidade conforme as circunstâncias. (BELMONTE, 2004, p. 73).

Também de acordo com Belmonte (2004), o empregado, ao ser contratado, inicia o seu contrato, abrindo mão de uma parcela de sua intimidade em decorrência da vigilância que é exercida sobre a sua pessoa pelo uso da máquina. Essa vigilância atua de três formas básicas: a) por meio do acesso às informações pessoais armazenadas no computador; b) por intermédio do acesso ao conteúdo e registros dos e-mails enviados e recebidos e *web pages* visitadas; c) e pelo acesso ao registro de uso, possibilitando saber como o empregado utiliza o computador, medindo-se tanto a quantidade quanto a qualidade do trabalho realizado.

É cediço que o correio eletrônico representa um instrumento de comunicação e de transmissão de informações que auxilia o desenvolvimento da atividade laborativa executada pelo empregado.

Ele compreende um meio pelo qual o empregador, através do controle da sua atividade econômica, possa tornar indispensável o alcance das suas atividades funcionais empresariais. Na relação de emprego, como é o empregador que detém o direito de propriedade e que assume os riscos do empreendimento, respondendo pelos danos causados pelos empregados a outros empregados, bem como a terceiros, ele tem o objetivo de preservar as confidências relacionadas ao seu estabelecimento empresarial. Entretanto, esse meio não pode ser utilizado pelo empregador no sentido de acarretar a intromissão na esfera íntima da vida privada do trabalhador.

Toda conduta empresarial constrangedora ou desagradável, capaz de provocar uma situação vexatória ao empregado, em virtude do controle indevido do uso do seu e-mail, caracterizará transgressão à sua privacidade e à sua intimidade.

O e-mail corporativo é o fornecido pela empresa ao empregado como ferramenta de trabalho para este desempenhar o seu labor. Não se pode olvidar, contudo, que o empregado deve ter ciência da fiscalização pelo empregador.

Segundo Belmonte (2004):

Deve a empresa dar ciência aos empregados das condutas que não são admitidas pela empresa; de eventuais limitações no uso dos equipamentos eletrônicos e penalidades decorrentes da transgressão; bem como conscientizar os seus empregados, de forma a evitar a prática de atos que possam lhe causar prejuízos. A empresa responde, junto a terceiros, pelos danos causados pelo empregado e deles ressarcirá em caso de culpa ou dolo. (BELMONTE, 2004, p. 92).

Quando o e-mail for corporativo, por se tratar de ferramenta de trabalho porque destinado à realização do serviço, será possível ao empregador acessar o conteúdo material do mesmo pelo seu rastreamento, desde que haja prévia comunicação ao empregado da fiscalização no regulamento da empresa e desde que não o faça de forma abusiva. Como a sua conta é fornecida pelo empregador, a sua utilização deve ser estritamente relacionada ao trabalho.

Conforme Ribeiro (2008, p. 85): "O controle do e-mail corporativo ou profissional, insistimos, é livre para o empregador, que tem a liberdade,

inclusive, de limitar ao conhecimento de quem lhe convier a senha de acesso à internet”. E ainda:

Se o correio eletrônico é de uso exclusivo da empresa, o empregado não pode utilizá-lo para nenhum fim pessoal, tanto menos para fins distorcidos, tipo divulgação de fotos discriminatórias atentatórias à moral e aos bons costumes, que até colocam em risco os aparelhos da empresa pela possibilidade de invasão por vírus, causando prejuízo econômico à entidade patronal. (RIBEIRO, 2008, p. 85).

Ainda consoante Ribeiro (2008), visto que a relação de emprego se deve pautar pela boa-fé, pela lealdade e pela transparência, é necessário que o empregador informe ao trabalhador a existência de meios de controle de fiscalização laboral com o objetivo de evitar surpresas desagradáveis, como a intromissão na sua esfera pessoal, por mais que a existência de atividades com monitoramento eletrônico seja indispensável à proteção da propriedade e à segurança dos trabalhadores.

Através do e-mail corporativo concedido ao empregado para a execução do seu labor, o empregador poderá controlar os sites visitados pelo empregado, bem como ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelo mesmo, já que é da propriedade do empregador o correio eletrônico profissional de que se vale o funcionário apenas como instrumento de trabalho. Tal procedimento se faz necessário para proteger o patrimônio do empregador, no sentido de evitar possível divulgação de informações sigilosas, disseminação de vírus de computador, distribuição de fotos pornográficas, assim como o mau uso dos equipamentos colocados à disposição do empregado.

O empregado tem o dever de obedecer às formas de exteriorização do poder empregatício (*poder diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar*) conferidas ao empregador como consequência do art. 2º, da CLT, tendo-se em vista que, violando o dever que lhe compete no contrato de trabalho, ele estará sujeito às punições disciplinares pertencentes ao empregador – *advertência, suspensão contratual não superior a 30 dias (art. 474, CLT) e justa causa (art. 482, CLT)*.

Em que pese inexistir lei específica acerca dos limites do poder empregatício quanto à atuação do controle patronal nas comunicações eletrônicas, o empregador poderá fazer uso de seu poder fiscalizatório para monitorar os e-mails enviados e recebidos pelos empregados,

apenas quando se tratar de e-mail corporativo, ou seja, de correspondência eletrônica destinada somente à execução de conteúdos estritamente profissionais e derivados de assuntos ligados ao contrato de trabalho do empregado, desde que, no regulamento empresarial, o mesmo seja previamente comunicado pelo empregador. Nessa hipótese, haverá limitação quanto ao exercício dos direitos da personalidade, no sentido de conferir ao empregador a prerrogativa de adoção de medidas adequadas para vigilância e verificação do correio eletrônico corporativo. Diante disso, o e-mail corporativo deve ser utilizado exclusivamente para o desempenho da função exercida pelo empregado.

Como justifica Barbosa Júnior (2008):

As empresas que utilizam os recursos da internet passam por situações de má utilização da rede de computadores pelos empregados: são casos de acesso a sites pornográficos, envio de mensagens ofensivas, humorísticas ou pornográficas que podem acarretar um desconforto no ambiente do trabalho e produzir queda da produtividade, pois, com tais práticas, há relativa desconcentração e desvirtuamento das atividades laborativas sem uma justificativa razoável, desperdiça-se tempo com assuntos não relacionados ao trabalho, além de se tornar improdutivo sob qualquer ótica. (BARBOSA JÚNIOR, 2008, p. 96).

Tal procedimento encontra fundamento no poder diretivo do empregador, que tem por finalidade organizar e controlar a atividade econômica no âmbito empresarial e emitir ordens gerais ou individuais a respeito da atividade a ser executada pelo empregado. É a atribuição conferida ao empregador de estipular orientações técnico-profissionais e administrativas ao empregado, no que tange à sua atividade ou ao modo da prestação de serviços que será executada pelo mesmo ao longo do contrato de trabalho.

Pode-se verificar, através do julgado abaixo transcrito, a situação de verificação de e-mail corporativo destinado aos empregados pelo empregador:

PROVA ILÍCITA. EMAIL 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 (email particular). Assim, apenas o email 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 email 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 email 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 email 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 a 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, 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 email 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 email corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é lícita 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. 5, X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (BRASIL, 2005).

Imperioso observar, ainda, que a verificação de e-mail corporativo do empregador deverá ser realizada de modo razoável. Conforme menciona Válio (2006, p. 98): “O direito à intimidade não é absoluto, como qualquer liberdade pública, todavia, isso não leva ao absolutismo do poder diretivo do empregador”.

Adverte Nascimento (2009):

Embora o empregador seja detentor do poder de direção e tenha o direito de dirigir a prestação pessoal e subordinada de serviços do trabalhador, resta claro que não possa exercê-lo indiscriminadamente e em descompasso com os limites fixados pelas normas jurídicas em respeito aos direitos fundamentais do trabalhador. (NASCIMENTO, 2009, p. 136).

Deve o empregador, por meio do seu poder regulamentar, mencionar os limites da utilização da correspondência eletrônica pelo empregado no ambiente de trabalho, mesmo em se tratando de e-mail corporativo. Todos os empregados devem ter conhecimento das condutas que são exigidas pelo empregador referentes ao modo de utilização do e-mail corporativo. Se houver abuso de direito no exercício do poder empregatício conferido ao empregador, principalmente na situação de desconhecimento do empregado quanto à forma de utilização da correspondência eletrônica, afetados serão os direitos da personalidade

do empregado, e, por consequência, os aspectos da sua vida íntima e privada. Ao trabalhador, será assegurada a rescisão indireta do contrato de trabalho, com base nas situações enumeradas no art. 483, da CLT, e o mesmo poderá ser recompensado por intermédio do ressarcimento por danos morais.

Então, novamente segundo Belmonte (2004), não apenas o trabalhador terá direito de ser ressarcido pela violação à sua intimidade e à sua vida privada, como também a empresa poderá pleitear, judicialmente, ressarcimento dos danos morais e materiais, quando prejudicada economicamente pelo uso indevido das tecnologias de comunicação e de informação por conduta ilícita de seu empregado.

É o caso, por exemplo, do empregado que ingressa em *chats* obscenos para enviar mensagens de conteúdo de interesse particular sem qualquer conexão com o fim da atividade laboral

Assim, se o empregado se utilizar do e-mail corporativo do empregador para remeter mensagens pornográficas ou mensagens com vírus a pessoas estranhas ao contrato de trabalho e acarretar prejuízos, o seu empregador poderá ser responsabilizado pelo ressarcimento decorrente de eventuais danos materiais ou morais. Como é o empregador quem assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, *caput*, da CLT), ele responde pela culpa *in vigilando e in eligendo* pelos atos de seus empregados. Nesse sentido, há responsabilidade direta ou indireta do empregador por atos de empregados conforme disposto no art. 932, III, do CC.

Como os e-mails profissionais enviados pelo empregado podem acarretar danos a terceiros, justificando a responsabilização do empregador, em decorrência do art. 932, inciso III, do CC, o poder diretivo conferido ao empregador autoriza o monitoramento do e-mail corporativo colocado à disposição do empregado para a realização de seu labor profissional.

Segundo Calvo (2009):

No local de trabalho, o empregador tem uma preocupação legítima para que o empregado não divulgue informações confidenciais da empresa a outrem ou que não transmita correios eletrônicos com conteúdo não apropriado que não sejam relacionados ao trabalho, tais como materiais pornográficos ou piadas para vão sobrecarregar a rede da empresa causando,

em alguns casos, a perda de conexão resultando no não recebimento de arquivos importantes ou na necessidade de aquisição de placas de memória para ampliação da capacidade dos sistemas.

Para Belmonte (2004), o rompimento culposo do contrato de trabalho do empregado, em decorrência da má utilização de e-mail corporativo, está previsto no art. 482, *alínea "b"*, da CLT. Tal dispositivo trata da dispensa por justa causa do empregado por motivo de mau procedimento, em virtude de ter havido violação do seu dever de fidelidade. Também poderá ocorrer o rompimento contratual culposo com base na prática de negociação habitual e concorrência desleal praticada pelo empregado (art. 482, *"c"*, da CLT). Nesta última hipótese, como exemplo, tem-se a utilização dos meios eletrônicos disponibilizados pelo empregador ao empregado para a realização de negócios alheios ao contrato, assim como a utilização da posição ou do horário de trabalho para a realização de negócios do mesmo ramo empresarial. Em tais situações, vê-se a má-fé contratual do empregado.

Da mesma forma, o empregado poderá ser advertido, suspenso ou até mesmo dispensado, por ato de indisciplina (art. 482, *"h"*, da CLT), caso desrespeite cláusula normativa prevista em regulamento da empresa, estipulando a restrição do uso do e-mail corporativo para fins pessoais.

Nesse sentido, o e-mail corporativo concedido ao empregado como ferramenta de trabalho e mantido pelo próprio provedor da empresa pode ser fiscalizado, uma vez que o empregador pode ser responsabilizado por eventuais danos morais causados a terceiros por mensagens enviadas pelo empregado através do seu e-mail corporativo. Além disso, a utilização do e-mail corporativo com desvio de finalidade pode acarretar danos à imagem da empresa.

Como é o empregador quem assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, caput), sendo o detentor do poder de direção, responde, nas hipóteses de culpa, *in vigilando e in eligendo*, pelos atos dos seus empregados. O STF, por meio da Súmula 341, já pacificou a questão, dispondo que é "presumida a culpa do patrão ou comitentes pelo ato culposo do empregado ou preposto". O empregado, contudo, deve ser informado por escrito de que o e-mail corporativo cedido a ele será monitorado.

As correspondências eletrônicas de uso estritamente profissional dos empregados não estão abrangidas pela inviolabilidade do sigilo de

correspondência tradicional (art. 5º, XII, CF/88).

Torna-se válida, portanto, a prova exigida em juízo pelo empregador consistente em rastrear o e-mail corporativo e seu provedor de acesso à internet pela divulgação de e-mails não condizentes com a atividade desenvolvida pelo empregado, a partir de seus equipamentos e sistemas de informática.

Vale registrar ementa a respeito. Veja-se:

RESOLUÇÃO CONTRATUAL. SISTEMA DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENVIO DE FOTOS PORNOGRÁFICAS. SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF/88. Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF/88), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF/88), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482). (SÃO PAULO, 2002).

2.2 A monitoração do e-mail pessoal

O e-mail pessoal é aquele que não é fornecido pelo empregador, sendo de propriedade do empregado, e que é utilizado pelo empregado para tratar de assuntos estritamente pessoais e particulares, não relativos a assuntos atinentes ao local onde trabalha.

No tocante à verificação de e-mail pessoal ou particular do empregado, não é possível a fiscalização pelo empregador do conteúdo contido nas mensagens enviadas e recebidas durante o seu horário de trabalho, muito menos dos endereços que foram utilizados para o envio e

para o recebimento dessas mensagens eletrônicas de caráter pessoal. Caso o empregador não queira que seus empregados utilizem a internet ou os e-mails pessoais durante o horário de trabalho ou no local do mesmo, poderá utilizar programas de computador adquiridos para bloquear o acesso a determinados locais da rede. Caso contrário, o empregador estará violando os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do empregado, o que assegurará ao trabalhador rescisão indireta do contrato de trabalho e indenização por dano moral e/ou material.

Em razão disso, o empregador poderá estabelecer, pelo exercício do seu poder regulamentar, limites quanto ao uso do computador da empresa, ao restringir, ou até proibir, a utilização do e-mail pessoal quando em horário de trabalho. Caso o empregado utilize o computador para acessar o seu e-mail pessoal e desrespeite as normas traçadas pelo empregador, aquele poderá sofrer os efeitos decorrentes da manifestação do poder disciplinar deste. Afinal, entende-se que, por intermédio de seu poder regulamentar, o empregador, em decorrência do exercício do seu poder diretivo, pode restringir ou mesmo proibir o acesso do empregado ao seu e-mail pessoal. Assim sendo, a empresa poderá limitar o acesso à internet e ao e-mail particular para fins pessoais durante a realização do trabalho.

O poder disciplinar compreende a faculdade atribuída ao empregador destinada à aplicação de penalidades disciplinares aos empregados em situações de descumprimento de regras contidas no contrato de trabalho, no regulamento de empresa, na norma coletiva ou na lei. O direito disciplinar se manifesta pela possibilidade de execução de sanções ou faltas disciplinares aos trabalhadores cujo comportamento se revele incompatível com os seus deveres profissionais. A punição disciplinar aplicada pelo empregador pode ir desde a advertência, passando pela suspensão contratual (não superior a 30 dias - art. 474, CLT), até a dispensa por justa causa (art. 482, CLT), quando houver violação das obrigações de diligência, obediência e fidelidade por parte do empregado.

Conforme Ribeiro (2008), há mensagens eletrônicas enviadas pelos trabalhadores que não chegam diretamente ao destinatário por transitarem, antes, pelo servidor do correio empresarial que as memoriza e as conserva. Esse sistema de comunicação utilizado pelo empregador viola a privacidade do empregado, pois o conteúdo do e-mail passa a ser de conhecimento da empresa através de programas e de outros meios instalados no processador da mesma.

Segundo Belmonte (2004), o e-mail particular representa um meio

de comunicação estritamente pessoal, inviolável e intransponível. Somente poderá ser interceptado mediante prévia autorização do empregado ou judicialmente. Nesta hipótese, para fins de prova, nos processos de natureza processual penal, civil ou trabalhista. Qualquer intromissão não autorizada pelo empregado será considerada invasão de intimidade e quebra de sigilo de correspondência.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XII, garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, como meio de preservar a intimidade e a privacidade, salvo, em último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, verbis:

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ainda para Belmonte (2004), pode justificar a autorização judicial para a quebra do sigilo de correspondência eletrônica, por exemplo, uma conversa que o empregador involuntariamente ouve na qual o empregado admite estar utilizando o e-mail particular em serviço para fazer negócios particulares. Da mesma forma, o recebimento ou o envio de grande quantidade de mensagens, capturado via controle formal para endereço postal eletrônico de um concorrente do empregador ou de uma pessoa sabidamente não ligada ao serviço prestado pelo empregador.

Simón (2000, p. 158), corroborando o entendimento supraconsubiado, assevera que “os e-mails particulares dos trabalhadores poderão ser checados, se houver fundado receio da prática de atividades irregulares ou ilícitas, já que as liberdades públicas não se prestam ao acobertamento destas [...]”.

Como se vê, o e-mail pessoal está abrangido pela proteção da privacidade e da intimidade, não possuindo os mesmos efeitos jurídicos do e-mail corporativo, que é colocado à disposição do empregado para a execução das suas tarefas. Em momento algum, o empregador poderá monitorar o conteúdo das mensagens enviadas ou recebidas por

intermédio do e-mail pessoal do empregado.

Isso é o que se extrai do aresto a seguir transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTA CAUSA. O Tribunal de Origem entendeu que o uso de email particular para envio de mensagens pessoais não caracteriza justa causa. Entender diversamente encontra óbice na Súmula 126/TST. Sustenta a Recorrente que todo empregado contratado é orientado a não utilizar sites de entretenimento na internet ou enviar mensagens eletrônicas (emails) particulares, afirmando que o próprio Recorrido reconheceu em seu depoimento que foi dispensado por justa causa porque ofendeu o supervisor através de email que passou para seus amigos, devendo ter validade a dispensa por justa causa, julgando-se improcedente o pedido de diferenças de verbas rescisórias e indenização relativa ao suposto período de estabilidade. Não lhe assiste razão. Essencial destacar, para o deslinde da controvérsia, que a rede mundial de computadores (internet) e as correspondências eletrônicas (emails) incorporam-se ao cotidiano das pessoas, como uma forma rápida de comunicação e acesso à informação, motivo pelo qual, no âmbito das relações empregatícias, deve haver uma ponderação de interesses entre o sigilo das comunicações e dados do empregado com o direito de propriedade e livre iniciativa da empresa. Ambos com amparo em normas fundamentais da Constituição Federal (arts. 1, IV; e 5º, XII e XXII). Em importante julgamento proferido recentemente pelo C. Tribunal Superior do Trabalho (RR n. 613/00.7), o ilustre Ministro João Oreste Dalazen esclareceu brilhantemente em seu voto que os direitos do empregado à privacidade e ao sigilo de correspondência concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual, ressaltando que apenas o email pessoal ou particular do empregado desfruta da (sic) proteção constitucional, o que não ocorre com o email corporativo, por se tratar de endereço eletrônico que lhe é disponibilizado pela empresa, visando à transmissão de mensagens de cunho estritamente profissional, ostentando natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho

proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. A disparidade de tratamento jurídico, conforme as lições do próprio Ministro João Oreste Dalazen, decorre do fato de ser o email corporativo destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, envolvendo o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a rede mundial de computadores (internet) e sobre o próprio provedor, levando-se em conta também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (art. 932, III, CC), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de email 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, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, o que não se justifica em se tratando de email particular, pois nesta hipótese o direito à intimidade protege a vida privada do empregado, salvaguardando um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas (art. 5º, X, CF), inclusive por parte de seu empregador. Compulsando o caderno processual, verifica-se que a dispensa por justa causa aplicada ao Reclamante, de acordo com a informação trazida com a Reclamada (CBCC – Participações S/A), decorreu do envio de mensagens eletrônicas não relacionadas ao seu trabalho para pessoas da sua relação de emprego, restando esclarecido em audiência de instrução que em uma ocasião houve ofensa a honra e boa fama de superior hierárquico, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 482, K, da CLT. Entretanto, ainda que o empregador possa tipificar a justa causa para fins de resolução do contrato de trabalho, não se afasta a posterior averiguação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), levando-se em conta o princípio da razoabilidade e a gravidade do ato praticado pelo empregado, o que não restou comprovado no caso subjudice, uma vez que a suposta ofensa perpetrada pelo empregado teria ocorrido através de email particular (conta no

Yahoo, fls. 723/724), não passível de acesso por parte do empregador (art. 5º, LVI, CF), inexistindo qualquer elemento nos autos que demonstre a prévia ciência do Reclamante quanto à suposta proibição de utilização de correio eletrônico para tratar de assuntos pessoais. (BRASIL, 2009).

Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que os *e-mails particulares* não podem ser objeto de fiscalização por parte do empregador, pois estão protegidos pelo direito fundamental à intimidade e à privacidade do empregado. Caso tal direito seja ameaçado ou lesado pelo empregador, o empregado poderá pleitear judicialmente indenização pela sua violação para obter o ressarcimento de danos morais e/ou materiais. Logo, o *correio eletrônico pessoal* do empregado não é passível de fiscalização pelo empregador. Em razão disso, o empregador possui a prerrogativa de restringir ou até de proibir o acesso ao correio eletrônico pessoal em horário de trabalho. Caso o empregador conceda ao empregado o direito de uso de e-mail particular no ambiente de trabalho, ele não poderá fiscalizar o conteúdo das mensagens enviadas e recebidas por este, sob pena de violação à sua intimidade.

No que concerne ao *correio eletrônico corporativo*, por se tratar de mera ferramenta de trabalho, não está abrangido pela inviolabilidade do sigilo de correspondência (art. 5º, XII, CF/88). Assim, é possível a sua fiscalização pelo empregador, mesmo porque o empregado pode utilizá-lo de forma abusiva ou ilegal, acarretando prejuízos à empresa. Na ponderação de direitos, deve prevalecer a tutela ao direito de propriedade e à livre iniciativa do empregador em detrimento do direito à privacidade e à intimidade do empregado, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana. Por isso, é imprescindível dar conhecimento prévio ao empregado no ato da contratação, sob pena de violação de sua privacidade ou de sua intimidade.

Referências Bibliográficas

ALKIMIN, Maria Aparecida **Violência na relação de trabalho e a proteção à personalidade do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade: direito fundamental e**

humano na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 613/007. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 1ª Turma, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 10 jun. 2005.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 3058/2005.013.09.40.0, Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 22 maio 2009.

CALVO, Adriana. **O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr 73-01/70, janeiro, 2009.

_____. **Breves considerações sobre a decisão do tst relativa ao uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. Disponível em: <<http://www.calvo.pro.br>> Acesso em: 30 maio 2009.

_____. **O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. Disponível em: <<http://www.calvo.pro.br>>. Acesso em: 03 abril 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

DONEDA, Danilo. **Correio eletrônico (e-mail) e o direito à privacidade na internet**. 1999. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. **Doutrina geral do direito objetivo, doutrina geral dos direitos subjetivos, doutrina especial dos direitos privados da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**. São Paulo: Atlas, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. In: CALVO, Adriana; BRAMANTE, Ivani Contini (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais do**

direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante.** São Paulo: LTr, 2008.

SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho, RO 0504/2002. Relator: Des. José Ribamar Oliveira Lima Júnior, 3ª Turma, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Campinas, 9 set. 2002.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos de personalidade nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

WEINERT, Iduna E. O direito da personalidade como direito natural geral. **Revista de informação legislativa** - Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Ano 27, n. 108, p.50-69, out./dez. 1990.

Artigos

A Inconstitucionalidade da Violação de E-Mail do Empregado pelo Empregador



Euler Sinoir de Oliveira

Bacharel em direito pela UNESC e bibliotecário do TRT da 17ª Região.

COMO FUNCIONA A INTERNET

Dentre as chamadas Novas Tecnologias da Informação nenhuma trouxe tantos impactos e novas questões, inclusive jurídicas, como a Internet. Estima-se que haja, hoje, uma comunidade de internautas de 400 milhões, e que, em 2010, este número chegará a 1 bilhão de usuários. A Internet é uma rede de computadores espalhados por todo o planeta que troca dados e mensagem utilizando um protocolo comum, unindo usuários particulares, entidades de pesquisa, órgãos culturais, empresas públicas, bibliotecas e empresas de toda a envergadura. Mais recentemente foram criadas uma rede corporativa, ou seja, a intranet, voltada para o público interno de cada organização, e a extranet, uma rede corporativa externa - ambas fechadas visando tornar a comunicação entre elas mais ágeis e menos burocráticas. Em muitas empresas o uso de memorando datilografado ou impresso foi substituído por mensagens eletrônicas que tem o mesmo objetivo e com significativa economia seja de papel, correio, etc.

Conforme dito acima, a Internet possibilitou a troca de mensagens eletrônicas. O e-mail ou correspondência eletrônica é o recurso mais utilizado na rede. Tornou-se, nos últimos anos, uma ferramenta indispensável. Por meio dele os usuários podem se comunicar, trocar documentos em formato de texto e mesmo sons e imagens. Trata-se, no dizer de SOUZA (2001) de,

"uma forma básica de interação entre pessoas na Internet (e também nas intranets e extranets), possibilitando que se possa enviar e receber mensagens eletrônicas a partir de software cliente de correio eletrônico instalado no computador (ou no celular, televisão, etc.) e interligado a uma rede de telecomunicações

(telefone, ondas, cabo...) A mensagem, com ou sem anexos, sai do computador (pela porta 25 do protocolo TCP/IP, que fica em *listening*, vai até o servidor provedor de acesso (*daemon*) e daquele enviado de forma instantânea para o servidor do destinatário, que a armazena em um *queue*, e quando o usuário abre seu programa específico de correio eletrônico, o navegador, dito, servidor, envia ao seu micro as mensagens recebidas (pela mesma porta de envio, efetuando-se uma conexão *inbound* entre os servidores). A recepção de e-mails pelo usuário é realizado com o POP3, que também é um servidor que deixa a porta 110 em *listen*. É uma porta para se autenticarem e receberem as mensagens correspondentes. Pode haver comunicação entre o vizinho da mesa ao lado, até com alguém de qualquer parte do mundo, sem sair da frente do computador.

A partir do vasto uso do e-mail, surgiram as denominações doutrinárias, ou seja, o e-mail pessoal e o corporativo. Vejamos cada um deles com suas diferenciações.

CORREIO ELETRÔNICO PESSOAL

Na conta de correio eletrônico particular é a pessoa física quem contrata os serviços de um provedor de acesso, com a finalidade de criar um endereço eletrônico pessoal. Nesse caso, cabe a ela determinar o codinome que deseja adotar em seu endereço, eleger seu próprio *login* e respectiva senha para acesso. Portanto, a comunicação se realiza por meio de conta privada do usuário - que detém sua titularidade e suporta com os seus custos da prestação de serviço de provimento de acesso e conexão.

Para FERREIRA (2003),

“nessa hipótese, a conta pessoal insere-se em inquestionável ambiente de privacidade absoluta de seu titular, uma vez que as informações trafegadas são de natureza pessoal, confidencial e de seu interesse específico. Por esse motivo, se sujeitam ao agasalho das garantias constitucionais de proteção à intimidade, da

vida privada, assim como da inviolabilidade do sigilo da correspondência, que sob nenhuma hipótese poderá ser objeto de gerenciamento pelo empregador, por integrar ambiente privado e íntimo do funcionário. Nas condições apontadas, o endereço eletrônico de titularidade pessoal não comporta a incidência de qualquer acesso ou interferência de terceiros, nem mesmo do provedor de serviço de conexão à Internet contratado, que não está autorizado a fornecer informações sobre o usuário, ressalvadas a hipótese de cumprimento judicial.”

CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO

Graças aos incontáveis benefícios, o e-mail logo passou a ser usado nos ambientes de trabalho, substituindo formas tradicionais de comunicação organizacional. Contudo, esse tipo de mensagem eletrônica guarda diferenças em relação ao descrito anteriormente.

Para FERREIRA (2003),

“A correspondência eletrônica corporativa trafega através de rede privada de computadores da empresa, suportando o empregador, na qualidade de proprietário dos equipamentos e titular da caixa postal, com os custos do registro e outros relativos à prestação de serviços de provimento de acesso e conexão à Internet. Portanto, o endereço eletrônico pertencente à conta corporativa atua como um veículo de comunicação privada do empregador e integra seu ambiente privado. O correio eletrônico corporativo traduz-se em um serviço de correio interno e privativo da empresa, voltado exclusivamente para o exercício de sua atividade comercial. Esse meio de comunicação remota, largamente utilizado no tráfego de informação, destaca-se por propiciar sensível economia de tempo, rapidez da condução e solução de problemas, elevando em consequência a produtividade e reduzindo custos operacionais.

"Nos Estados Unidos é freqüente que o empregado, já no ato de sua admissão, assine um termo pelo qual se declara ciente que a empresa tem o poder de, sem aviso prévio, monitorar suas ligações telefônicas e mensagens enviadas ou recebidas pelo correio eletrônico. Mas, no Brasil, tal argumento é refutado por vários doutrinadores..."

Depois de estabelecido o vínculo empregatício a empresa concede o endereço eletrônico empresarial, colocando gratuitamente à disposição dos funcionários uma ferramenta de trabalho - tecnológica -, estritamente em razão de contrato de trabalho existente, com a finalidade precípua de desenvolver as atividades inerentes ao cumprimento de suas tarefas funcionais, não cabendo ao funcionário dar destinação diversa ao instrumento de trabalho, dele se utilizando para assuntos de interesse pessoal ou privado."

Interessante observamos que, na visão de Ferreira, ao estabelecer a relação empregatícia, o empregado teria que assinar um contrato de trabalho com todas as cláusulas, tendo o empregador todo o poder diretivo, ou seja, poderia até mesmo violar suas correspondências, quer seja eletrônicas ou via correio. São cláusulas abusivas, que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor (art. 51) repelem veemente.

PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Como visto, alguns doutrinadores defendem o poder diretivo do empregador de monitorar todo o trabalho do empregado, seja por meio de controle de uso de computador, seja até violação de suas correspondências. Mas até que ponto vai o poder diretivo do empregador?

Nos Estados Unidos é freqüente que o empregado, já no ato de sua admissão, assine um termo pelo qual se declara ciente que a empresa tem o poder de, sem aviso prévio, monitorar suas ligações telefônicas e mensagens enviadas ou recebidas pelo correio eletrônico. Mas, no Brasil, tal argumento é refutado por vários doutrinadores, vejamos a posição de alguns deles:

Para DELGADO (2003),

"Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.

LUÍZA RIVA SANSEVERINO o define como o poder atribuído ao empregador "(...) de determinar as regras de caráter predominantemente técnico-organizativas que o trabalhador deve observar no cumprimento da obrigação". Aduz a autora que mediante "o exercício do poder diretivo o empregador dá destinação às energias de trabalho(...) que o prestador é obrigado a colocar e conservar à disposição da empresa da qual depende.

Entretanto, há ressalvas no tocante a essa concentração. É que a democratização da sociedade política ocidental e a própria democratização do sistema de poder prevalente dentro da empresa têm levado a um crescente contingenciamento desse poder organizativo e de comando no que diz respeito à relação de emprego. Embora essas conquistas democratizantes apenas timidamente tenham alcançado a experiência juspolítica brasileiro, também não se pode negar que já começam a desembarcar no país.

BARROS (1997) explica que,

"não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado."

Já PAIVA (2002), ao analisar o poder diretivo, diz o seguinte:

"O exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador não pode servir em nenhum momento para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais do trabalhador, nem a sanção do exercício legítimo de tais direitos por partes daqueles."

No Brasil, várias empresas admitiram publicamente que vasculham

as correspondências eletrônicas de seus empregados, chegando a contratar especialistas em informática para rastrear o conteúdo das mensagens trocadas entre eles. Outras chegam a divulgar os regulamentos de empresa que normatizam as hipóteses e os procedimentos necessários para a quebra de sigilo.

A linha de argumentação dessas empresas é que os equipamentos de informática são de sua propriedade e, em conseqüência, devem ser utilizadas exclusivamente em serviço. Assim, o empregador teria o direito de fiscalizar seu uso, o que justificaria o desnudamento dos empregados. Certamente tal postura não tem qualquer amparo legal.

Se aceitarmos o argumento acima estaremos dando uma carta branca a todo empregador para que viole, não só a correspondência, mas também a intimidade e a vida privada do empregado. Estaria o empregador livre para cometer qualquer atrocidade em nome do poder diretivo, realizando revistas íntimas, por mais vexatórias que sejam, atos de discriminação racial e religiosa, etc.

O poder diretivo deve existir mas não de forma unilateral, mudando normas ao bel prazer. Independentemente de haver indícios de mal uso dos equipamentos colocados à disposição do empregado deve o empregador velar pelo que diz a Carta Magna, preservando a intimidade, o sigilo etc.

Este posicionamento é defendido por DELGADO (2003) quando **diz:**

“ao lado de todos esses princípios (que, na verdade, atuam como princípios normativos), existem, na Constituição, regras impositivas enfáticas, que afastam a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador. Ilustrativamente, a regra geral da igualdade de todos perante a lei e da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, caput, CF/88). Também a regra geral de que “ninguém será submetido... a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF/88). Ainda a regra geral que declara “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” (art. 5º, X, CF/88. Por fim as regras gerais clássicas no sentido de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIII e LIV, CF/88)”.

COMO É FEITO O MONITORAMENTO

O monitoramento eletrônico do uso dos equipamentos de informática pode se feito de vários formas e de diversos meios.

SOUZA (2001) explica que

“O monitoramento eletrônico é feito através de programas que registram os sites visitados por seus funcionários e com que frequência, bem como filtram, registram, e classificam automaticamente cada palavra que passa pelo e-mails de suas redes. Sabe-se quais pessoas recebem ou enviam mais mensagens, as mais longas que atravancam as redes, as de conteúdo comprometedor, etc. Com tais softwares é possível visualizar os textos de mensagens e anexos, bem como fazer buscas nos textos. Há também programas que rastreiam a origem/destino dos e-mails. Enfim, os programas, que são na realidade filtros, compilam os dados baseados nas páginas visitadas, tempo gasto em cada página, número de mensagens eletrônicas e seus tamanhos, conteúdo das mensagens e tempo gasto em atividades eletrônicas.”

Em recente publicação da Revista Você S/A, junho de 2005, com o título de Big Brother Corporativo o autor José Eduardo Costa estabelece os caminhos para o monitoramento assim descritos:

Intimidade revelada.

A fiscalização das mensagens eletrônicas de funcionários nasceu da preocupação das empresas em evitar o vazamento de informações confidenciais. O esquema abaixo mostra como as

companhias podem rastrear, por exemplo, um e-mail de conteúdo pornográfico.

1 – Sem saber que está sendo “vigiado”, o gerente envia um vídeo pornô aos amigos pelo seu e-mail corporativo.

2 – A mensagem sai do computador dele e passa pelo coração da rede de informática – o servidor da empresa -, onde é feita uma cópia do arquivo.

3 – Um software é programado para encontrar palavras-chaves (como sexo, nudez, etc.), além de imagens ou arquivos muito pesados (acima de 1 megabyte, por exemplo). O programa pode buscar material proibido nos arquivos salvos em cada micro da organização.

O software ainda fiscaliza as páginas de internet mais acessadas por todos do escritório.

4 – Por conter material considerado “suspeito”, segundo as normas da empresa, em questão de segundos, o e-mail é interceptado. Uma cópia da mensagem é enviada automaticamente para o departamento de segurança ou administração da rede. Tudo isso acontece sem o remetente imaginar que estão de olho nele.

5 – No caso do conteúdo ser considerado obsceno, a mensagem é repassada ao chefe do remetente.

6 – O gestor leva o caso para a apreciação do recursos humanos, que decidirá se o episódio é ou não passível de demissão. A experiência no Brasil mostra que há tendência de as empresas mandarem para a rua por justa causa, prática agora reconhecida como legal pelo TST.

Ao consultarmos, via Internet, a disponibilidade de equipamentos de rastreamento ou monitoramento eletrônico chegamos ao seguinte anúncio:

Seu cônjuge o está enganando? Com quem seus filhos bate-papo? Sabe o que seus empregados fazem? Registre toda a atividade do seu computador. **Sherlocksoft** é um

novo software que lhe permite monitorar e gravar tudo o que fazem com seu computador enquanto você não está.

Sites web visitados

E-mail enviados e recebidos

Seções de chat

Seções de ICQ, messenger, etc

Captura de tela

Palavras e senhas digitadas

Programas executados

Preço : Antes: US\$ 99,95

Agora: US\$49,95

Como visto é muito fácil para o empregador, se quiser, monitorar toda correspondência eletrônica do empregado. A questão é a legalidade ou não deste procedimento. Partindo deste pressuposto que é fácil o monitoramento, usando-se programas específicos para este fim, não seria possível ao empregador tendo todos os elementos disponíveis como login e senha, não estando satisfeito com o trabalho desenvolvido pelo empregado, e com o objetivo de não arcar com os custos de uma rescisão contratual sem justa causa, usar os meios que dispõe e “encher” a caixa eletrônica do empregado com mensagens pessoais, e até mesmo ilícitas de cunho sexual e criminal para obter a rescisão por justa causa?

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VIOLAÇÃO

A primeira pergunta: a violação ou o monitoramento da correspondência eletrônica está englobada no sigilo acima citado? O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal diz:

“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, na hipótese e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal.”

A Lei nº 9.296/96 foi editada para regulamentar o inciso XII, parte final do referido artigo, determinando que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Aplica-se, ainda, à interceptação

do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, cessando, assim, a discussão sobre a possibilidade ou não deste meio de prova, e, conseqüentemente, sobre a licitude, desde que realizado após a edição da lei, que não contém efeito retroativo

O Ministro Luiz Vicente Cernichairo, do Superior Tribunal de Justiça afirma:

"A lei 9.296/96 regulamenta o inciso XII, parte final do artigo 5º da CF - trata-se de interceptação de comunicação telefônicas, aplicando-se também ao fluxo de comunicações em sistema de telemática. O legislador mostrou-se cauteloso. Adotou o sistema da verificação prévia, ou seja, nenhuma interceptação de dados, se o juiz não autorizá-la."

Segunda questão: depois de violado o e-mail por parte do empregador, a prova obtida é considerada lícita ou ilícita? Neste quesito, a jurisprudência tem divergido um pouco. Como exemplo, podemos citar uma sentença proferida pelo Juiz Dr. José Leone Cordeiro Leite, magistrado trabalhista da 13ª Vara do Trabalho do Distrito Federal, nos autos do processo nº 13.000613/2000, já discutida nos meios doutrinários, em que o Juízo de primeiro grau considera a prova ilícita, descaracterizando a justa causa na rescisão do contrato de trabalho, com a seguinte fundamentação:

"A Constituição Federal consigna serem inadmissíveis, no processo, as provas por meio ilícitos. (art. 5º, LVI)

A prova pretendida pelo reclamado, afim de provar a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo em razão de flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do autor.

Emerge dos autos (inclusive admitido na audiência inaugural (fl. 117), tendo isso sido ainda corroborado pelo depoimento da preposta às fl. 351-352) que o reclamado teve acesso ao teor do e-mail, diretamente, através do provedor que é administrado e mantido pelo próprio reclamado.

Ficou portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (e-mail) (o que abrange o conhecimento das

fotos a ele anexadas) foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia de comunicação eletrônica, o que, por si só, caracteriza a violação da correspondência e a quebra da legalidade.

(...) O fato do autor descumprir a determinação do reclamado para somente usar sua conta de e-mail para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o reclamado teve acesso ao teor do e-mail, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (CF, art. 5º, LVI, c/c o art. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII)"

Não obstante a fundamentação acima a terceira turma do TRT do Distrito Federal, onde foi ajuizado o Recurso Ordinário da sentença acima mencionada, reformou-a:

Ementa: Justa causa. E-mail. Prova produzida por meio ilícito. Não-ocorrência. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais de direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o

mau uso do sistema internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta. TRT 10ª R. – RO 0504/2002 – 3ª T. – Relatora Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro – DJU 19-07-2002.

PAIVA (2002) contesta a afirmativa acima dizendo que

"uma das expressões fundamentais da liberdade de pensamento pode ser materializada através da comunicação estabelecida pelo contato via e-mail através da Internet que deverá ser resguardada no sentido de priorizar a proteção a intimidade do remetente e do destinatário da correspondência. Sendo assim, qualquer comando legal ordinário que vise a violação por parte de pessoas atribuindo a dificuldade de inspeção sobre o conteúdo das mensagens poderá vir a ser considerada como norma inconstitucional desde que se considere que o dispositivo constitucional refere-se tanto ao correio postal como o correio eletrônico.

Portanto percebemos no que concerne a privacidade muitos recursos constitucionais poderão ser utilizados de maneira subsidiária. Como prevê o Prof. Demócrito Reinaldo Ramos "na falta de um conjunto amplo e concatenado de leis protetivas da privacidade em suas mais variadas manifestações, o instrumento do jurista no trato desses assuntos será inevitavelmente a Constituição Federal, onde está assentes os princípios basilares desse direito personalíssimo"

Isto ocorre porque o empregado usuário do sistema sente-se seguro pelo uso de senha, considerando que somente ele terá acesso as suas mensagens, tal e qual uma carta lacrada. É irrelevante, neste contexto, o fato de a correspondência ter sido dirigida ao local de trabalho, posto que tão pouco seria ilícito ao empregador abrir o envelope fechado dirigido ao empregado.

No âmbito do Direito do Trabalho, a situação não é diferente. TEIXEIRA FILHO (2001) ao tratar do tema é categórico ao afirmar que:

“pode-se dizer que a intimidade é tudo quanto se passa entre quatro paredes, reservadamente para a própria pessoa, e compreende tanto o ambiente domiciliar quanto ao local de trabalho. O ato patronal que invade esses recantos e propaga fatos ou ações antes de domínio restrito sem o consentimento do trabalhador, ou mesmo versão distorcida do ocorrido, constitui, em princípio, lesão configurada do dano moral.”

Na mesma linha de pensamento, encontramos LOYOLA (2004)

“para quem o inciso XII do art. 5º da CF protege o sigilo das comunicações pessoais, nomeadamente da correspondência telegráfica, de dados (inclusive pela informática) e das comunicações telefônicas. Na verdade, está-se diante, novamente, da proteção do direito à privacidade e à intimidade. Ao proteger o sigilo de comunicações, o constituinte teve em mente a tutela do direito de se comunicar sem que houvesse qualquer interferência, preservando, em última análise, o direito do indivíduo em relação à sua privacidade.

Ora. O empregador pode e deve alertar o seu empregado para que não utilize a Internet para fins que não sejam relacionados ao trabalho, sob pena de advertência, mas é inadmissível qualquer intromissão do empregador, por meio de programas de computador específicos, que violam e-mails de seus empregados. A violação é muito mais do que a mera interceptação, por meios capciosos, de informações virtualmente transmitidas no ambiente de trabalho,

Ademais, entendemos não apenas ser juridicamente vedada a violação de e-mails por parte do empregador, como também invalidada a cláusula contratual que conste a possibilidade de rastreamento ou interceptação. Tal cláusula é inconstitucional e não pode prevalecer ante a manifesta ilegalidade.

Conforme dispõe o Código Civil Brasileiro, art. 11, em regra, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária. Essa norma expressa a indisponibilidade dos direitos personalíssimos que são insuscetíveis de alienação, não podendo o titular a eles renunciar ou até limitá-los, sem determinação legal.”

A RECENTE DECISÃO

Não obstante o posicionamento acima mencionado cumpre registrar recente decisão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, tendo como relator o Ministro Oreste Dalazen, foi confirmada a decisão do TRT da 10ª Região, qual seja, o empregador pode violar o e-mail do empregado.

O que mais preocupa neste momento é que a decisão do TST repercutiu na imprensa e provocou a publicação de uma série notícias cujas manchetes enfatizavam que o Tribunal Superior do Trabalho autorizou todas as violações e não o caso específico do processo em tela. Vejamos dois exemplos:

1 – TST admite rastreamento de e-mail por empresa.

De acordo com a decisão inédita da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, o patrão pode sim, desde que “de forma moderada, generalizada e impessoal”, controlar as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de correio eletrônico da empresa para obter provas para a justa causa (...). O e-mail da empresa é uma ferramenta de trabalho e que deve ser usada apenas para uso profissional e que “não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser usada para fins particulares”.

(In: <http://oglobo.globo.com/online/economia/168318823.asp> acesso em:16-05-2005.

2 – Big Brother corporativo.

O Tribunal Superior do Trabalho deu o aval para as empresas vigiarem e-mails dos empregados(...) No mês passado, o TST, em Brasília, abriu um precedente ainda maior em favor das corporações. Elas foram autorizadas a vasculhar o correio eletrônico de todo mundo do escritório.

(In: Revista Você S/A, edição 84, junho 2005, págs. 30 e 31).

Sem querer contestar a decisão do Tribunal Superior do Trabalho acredito que tal entendimento deverá ser revisto pelo guardião da Constituição Federal, qual seja, o Superior Tribunal Federal, pois o trata-se de matéria constitucional elencada no artigo 5º. Trata-se de um direito fundamental que afronta diretamente à intimidade do trabalhador que não “deixa de ser cidadão por que está em seu ambiente de trabalho”, conforme defende Caio Túlio Viana. Volto a frisar que – A permissão de violação dos em-mails abre possibilidades para a liberação das revistas íntimas vexatórias, as câmeras de seguranças nos corredores e locais privativos como os banheiros, o controle de ligações de ligações telefônicas, exposição do indivíduo à situação vexatória ou ridícula em seu ambiente de trabalho, as discriminações sexuais e raciais e tudo mais, já que o empregador é o detentor de todos os equipamentos disponíveis na empresa.

Somente para reforçar tal posição vejamos algumas decisões sobre o tema:

999900341 JCF.5 – DANO MORAL – INSTALAÇÃO DE CÂMARAS DE VÍDEOS NO BANHEIRO – CARACTERIZAÇÃO "DANO MORAL – INSTALAÇÃO DE CÂMERA DE VÍDEO NO BANHEIRO DA EMPRESA – VIOLAÇÃO À INTIMIDADE DO EMPREGADO – Extrapola os limites do poder diretivo e fiscalizador, a empresa que instala câmera de vídeo nos banheiros, porque viola a intimidade do empregado, acarretando-lhe, por óbvio, constrangimentos. Por decorrência de tal ato, deve a empresa ser responsabilizada pelo pagamento de indenização por dano moral, à luz do inciso X do art. 5º da constituição federal." (TRT 3ª R. – RO 00413.2004.103.03.00.7 – 4ª T. – Rel. Juiz Fernando Luiz G Rios Neto – DJMG 18.12.2004 – p. 08)

31045686 – DANOMORAL – CARACTERIZAÇÃO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, X, DA CF/88 – INDENIZAÇÃO DEVIDA – Restou caracterizado nos autos o dano moral causado pela recorrente ao efetuar revistas íntimas em seus empregados, violando-lhes a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurando-lhes o direito

à indenização decorrente de sua violação. Recurso ordinário não provido. (TRT 19ª R. – RO 01208.2000.003.19.00.0 – Rel. Juiz Manoel Hermes – J. 21.11.2002) JCF.5 JCF.5.X –

130111270 – RECURSO DE REVISTA – DANOS MORAIS – REALIZAÇÃO DE REVISTA ÍNTIMA – 1. O Eg. Tribunal Regional consignou que a Reclamante era submetida a revistas cotidianas, nas quais lhe era demandado abaixar as calças até os joelhos e levantar a camisa até os ombros. 2. O poder fiscalizatório do empregador de proceder a revistas encontra limitação na garantia de preservação da honra e intimidade da pessoa física do trabalhador, conforme preceitua o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. 3. A realização de revistas sem a observância dos limites impostos pela ordem jurídica acarreta ao empregador a obrigação de reparar, pecuniariamente, os danos morais causados. Precedentes do Eg. TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – RR 1565 – 3ª T. – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 20.08.2004) JCF.5 JCF.5.X

CONCLUSÃO

Face ao exposto é de se concluir que:

1 – A Internet veio para auxiliar o homem, propiciando meios de comunicação, via web, de forma mais rápida e dinâmicas suscitando novas questões jurídicas que urgem uma definição;

2 – que o e-mail corporativo é fornecido pelo empregador enquanto que o e-mail pessoal é contratado pelo próprio usuário;

3 – que o monitoramento da correspondência eletrônica (e-mail corporativo), não obstante os vários meios existentes, é uma prática ilegal, violando o preceito da Carta Maior;

4 – que o poder diretivo do empregador não é via de mão única, devendo o mesmo zelar para não infringir cláusulas pétreas, como a violação da intimidade e vida privada do empregado;

5 – que a inclusão de cláusula de poder violar a correspondência eletrônica do empregado, inserida no contrato de trabalho é cláusula abusiva e repelida pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor;

6 – que a violação do e-mail, seja pessoal ou corporativo, por parte do empregador, é uma atitude ilegal que fere de morte a Carta Magna.

7 – Que não obstante a confirmação feita pelo TST da decisão de violação do e-mail os seus efeitos ficam restrito as partes e não a todos como foi amplamente divulgado pela mídia em gerla, que chegou a anunciar que “foi dado aval para a violação de todos os e-mails por parte do empregador.”

8 – Que o tema não está consolidado e que a posição final deverá ficar para o guardião da Carta Magna, qual seja, o Superior Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1 - BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 1997.

2 –BRASIL. Leis, decretos e etc. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

3 – Costa, José Eduardo. Big Brother corporativo. **Revista Você S/A** . Editora Abril, edição 84, p. 30/31, jun. 2005.

4– DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2003

5 - MISTRONGUE, Alessandra Loyola, KERSTEN, Felipe de Oliveira. Invasão de privacidade: a violação de e-mails nas relações de trabalho a luz da ordem jurídico-constitucional brasileira. **Revista LTR**, v. 68, n. 3, p. 310-322, mar. 2004.

6 - PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho. **Encarte O trabalho**, n. 70, p. 1691-1693, dez. 2002.

7 - _____. Correio eletrônico X Correio postal. **Revista Gêneseis**, Curitiba, n. 117, p. 407, set. 2002.

8 – SOUZA, Mauro César Martins de. E-mail (...net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado. **Jornal trabalhista Consulex**, n. 860, p. 5-11, abr. 2001.

9 – TEIXEIRA FILHO, João Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Revista LTr**, ano 60, p. 1169, set. 1996.

Artigos

O Conflito entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente de Trabalho



Adriana Calvo

Adriana Calvo é Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC-SP), Coordenadora Pedagógica Assistente e Professora da Pós-graduação de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da CESUMAR- PR, Professora Convidada de Direito do Trabalho do Curso FGV Direito RJ, Professora de Direito do Trabalho para Concursos Públicos – OAB e Magistratura do Trabalho, Professora de Direito do Trabalho do curso de Graduação da Uninove-SP.

Resumo: Trata-se de artigo que tem por objetivo apresentar o debater do exercício do direito de privacidade do empregado no ambiente de trabalho frente às novas tecnologias do trabalho.

Palavras-chave: Poder de direção. Intimidade e privacidade do empregado. Revista íntima.

Abstract: This article intends to present the debate on the exercise of the employees' right to privacy at the workplace against the new work technologies.

Key words: Employer control. Intimacy and privacy at the workplace. Personal surveilance.

Sumário: 1. Introdução. 2. O poder diretivo do empregador e a função social da propriedade 3. A intimidade e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho 4. A solução de conflitos entre direitos fundamentais na relação privada de emprego 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. Introdução

O assunto escolhido para este artigo "*O conflito entre o poder do empregador e privacidade do empregado no ambiente de trabalho*" é polêmico e desafiador. O tema provoca calorosas discussões, pois não se trata somente de discutir os limites dos poderes do empregador no ambiente de trabalho. É necessário definir o novo conceito de "*privacidade*" no século XXI frente à introdução de novas tecnologias no trabalho de modo à assegurar a almejada dignidade da pessoa do trabalhador (art. 1º, inciso III, da CF).

Preliminarmente, antes de iniciarmos o debate jurídico, a primeira questão que se coloca é a análise do conflito existente entre empregado e empregador. As empresas têm o direito de fiscalizar o trabalho dos

seus empregados, já que estes são pagos pelo empregador e ao mesmo tempo podem colocar em risco o patrimônio da empresa? Os empregados têm direito à proteção de sua privacidade e intimidade no ambiente de trabalho, já que são acima de tudo cidadãos antes de trabalhadores?

A fim de analisar os limites do poder do empregador no ambiente de trabalho, estudaremos o direito constitucional de propriedade da empresa nos limites da sua função social. Por outro lado, será necessário discorrer também sobre o direito constitucional de privacidade e intimidade inserido dentro do contexto do contrato de trabalho, já que este tipo de contrato tem como um de seus elementos a confiança (fidúcia), sendo assim, é razoável que o empregador proceda fiscalizações diariamente sobre o caráter de seus empregados a pretexto de defender sua propriedade?

Não há dúvidas que o assunto é atual e envolve uma ampla discussão, principalmente nos nossos tribunais. A jurisprudência trabalhista é recente e escassa. Portanto, a minha pretensão no presente artigo não é apresentar conclusões, mas contribuir para este apaixonante debate técnico e jurídico.

2. O poder diretivo do empregador e a função social da propriedade

A legislação trabalhista confere a todo empregador o direito de admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviço (artigo 2º da CLT¹)

Para Amauri Mascaro do Nascimento², esse poder de direção nada mais é que uma *“faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”*.

O mesmo autor explica que o poder do empregador divide-se em: 1. poder de organização - parte do princípio que ordenar é ato inerente do empregador; 2. poder de controle ou de fiscalização - fiscalizar a execução das ordens conferidas ao empregado e 3. poder disciplinar - aplicar penalidade ao empregado que descumpra ordens gerais ou dirigidas especificamente a ele.

Segundo Ari Possidonio Beltran, a subordinação é o outro lado do

1 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.

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

poder diretivo do empregador no contexto do contrato de trabalho³: “é da essência do contrato de trabalho a existência de um estado de dependência em que permanece uma das partes, o qual se não verifica pelo menos tão incisivamente, nos demais contratos de atividade [...]”.

A atual Constituição Federal afirma que “é garantido o direito de propriedade” (artigo 5º, XXII, CF) e que “a propriedade atenderá a sua função social” (artigo 5º, XXIII, CF). A constituição assegura toda e qualquer propriedade, desde a imobiliária até a intelectual.

A expressão “função social da propriedade” é um conceito que implica num caráter coletivo, não apenas individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros.

A propriedade, além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social, um benefício pela manutenção e uso da propriedade. Neste sentido, deve-se entender também a propriedade da empresa e o poder de direção do empregador.

Neste contexto, Sandra Lia Simon⁴ esclarece a relação entre o poder de direção do empregador e os demais direitos de personalidade dos empregados:

Numa relação de emprego, ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável, encontrando fundamento em outra das liberdades públicas, qual seja, o direito de propriedade, não há negar a ampla incidência dos mesmos, no que diz respeito aos trabalhadores. Mesmo que se encontrem em patamar hierarquicamente inferior em relação aos empresários, o poder de mando encontrará limites no exercício das liberdades públicas. (grifos nossos).

Segundo Ari Possidonio Beltran⁵, o poder diretivo do empregador deve buscar um novo significado no século XXI:

O conteúdo desse elemento caracterizador do contrato de

3 BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001, p. 95.

4 SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 101.

5 Op. Cit., p. 95

"O grande problema é que não há uma linha exata e distinta que estabeleça onde começa e termina o poder de subordinação do empregado e nem sempre é fácil distinguir tal poder com as novas tecnologias de trabalho e os novos meios de informação."

trabalho não pode assimilar-se ao sentido predominante na Idade Média: o empregado não é 'servo' e o empregador não é 'senhor'. Há de partir-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

O grande problema é que não há uma linha exata e distinta que estabeleça onde começa e termina o poder de subordinação do empregado e nem sempre é fácil distinguir tal poder com as novas tecnologias de trabalho e os novos meios de informação.

Apesar da expressão previsão constitucional do direito de propriedade da empresa que detém o empregador, a nossa Carta Magna não deixa de defender os direitos de personalidade dos empregados, pois garante a todo cidadão a proteção da sua intimidade e vida privada.

3. A intimidade e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho

O direito fundamental de privacidade e intimidade do empregado amparado constitucionalmente (artigo 5º, inciso X, CF e arts. 20 e 21 do CC) representa um espaço íntimo intransponível por intromissões de terceiros, principalmente do empregador.

A maioria dos doutrinadores utiliza as expressões "intimidade" e "vida privada" de forma indistinta. Alguns autores procedem à diferenciação quanto a sua amplitude, visto que a vida privada seria mais extensa do que a intimidade.

Sandra Lia Simon⁶ apresenta a diferença entre as expressões "intimidade" e "vida privada": "*Vida privada seria tudo aquilo que o indivíduo quer ocultar do conhecimento público e intimidade seria tudo aquilo que ele quer deixar apenas no seu próprio âmbito pessoal, oculto, também de pessoas de seu convívio mais próximo*".

Desta forma, a intimidade qualquer pessoa tem, em qualquer lugar onde se encontre, pois ela significa a esfera mais íntima, mais subjetiva e mais profunda do ser humano, com as suas concepções pessoais, seus gostos, seus problemas, seus desvios, etc... A privacidade é uma forma de externar essa intimidade, que acontece em lugares onde a pessoa esteja ou se sinta protegida da interferência de estranhos, como a casa onde mora.

O direito à privacidade constitui-se na escolha entre divulgar ou não

6 SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 101.

o que é íntimo, e, assim, construir a própria imagem. A privacidade é um direito *natural*.

A intimidade relaciona-se às relações subjetivas, de trato íntimo da pessoa, isto é, suas relações familiares e de amizade, além de também se relacionar com as relações objetivas, envolvendo as relações comerciais como, por exemplo, no trabalho. Por *íntimo* se deve entender tudo o que é interior ou simplesmente pessoal (“somente seu”, como se costuma dizer popularmente), e por *privado*, o caráter de *não-acessibilidade* às particularidades contra a vontade do seu titular.

Para Hubmann, o homem vive com personalidade em duas esferas: uma esfera individual e uma privada. Os direitos da 1ª servem de proteção da personalidade dentro da vida pública; os da 2ª protegem a inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro. Na expressão “*direito a intimidade*” são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada.

De qualquer forma, a Constituição Federal atual procurou preocupar-se com a proteção ampla de ambos os direitos de forma indistinta: o direito a intimidade e à vida privada. Além disso, deixou claro que quaisquer conflitos que surgirem na relação de trabalho, referentes às violações dos direitos de personalidade dos empregados, tais como o direito à intimidade e à sua vida privada, poderão ensejar reparações por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, incisos V e X, CF).

Sandra Lia Simon exemplifica uma situação de conflito no ambiente de trabalho⁷:

Tome-se, por exemplo, o armazenamento e a divulgação, por parte da empresa, de dados pessoais do trabalhador. Se ele não tem acesso a tais informações, se essas informações são – sem sua autorização – repassadas para um possível futuro empregador, se dessas informações constam dados inverídicos ou imprecisos sobre a sua pessoa (que não puderam ser retificados, pois o trabalhador sequer teve acesso a eles), poderá não conseguir o emprego almejado. Lesando-se a intimidade e a vida privada, caracterizou-se o dano material.

A questão da revista no ambiente de trabalho (seja pessoal ou

7 Op. Cit, p. 190.

íntima) é um exemplo de possível conflito oriundo do poder de direção do empregado versus intimidade e privacidade do empregado.

O tema provoca algumas indagações, tais como: “O empregador pode ao fiscalizar seus empregados proceder revistas íntimas nos seus empregados? Qual é a diferença entre revista íntima e revista pessoal? A “revista íntima” refere-se apenas ao corpo do trabalhador ou também a seus pertences? Uma trabalhadora se sentiria à vontade em exibir ao empregador seus contraceptivos ou preservativos que carrega em sua bolsa?

Em 1999, a Lei 9.799 foi editada proibindo o “*empregador ou seu preposto de proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias*” (art. 373-A foi acrescentado a CLT). Desta forma, não há polêmica mais sobre a revista íntima⁸, pois esta é expressamente proibida no nosso ordenamento jurídico e a jurisprudência trabalhista já vem entendendo desta forma, conforme arresto a seguir:

De mão no bolso - Trabalhador revistado nu ganha indenização de R\$ 13 mil. A transportadora de valores Transprev foi condenada a reparar um ex-empregado em R\$ 13 mil por dano moral. Motivo: o ex-funcionário, que trabalhava como auxiliar de tesouraria, era obrigado a ficar totalmente nu para ser revistado. O trabalhador era colocado numa sala com paredes de vidro que proporcionava visão da revista para todas as pessoas que estivessem do lado fora. Para se defender, a Transprev alegou que a revista era um “meio inibitório” de eventuais furtos. O relator do Recurso, considerou ser irrelevante o fato de o empregado ter concordado com a revista “uma vez que a coação econômica à qual está submetido no curso do contrato o pressiona a admitir atos patronais que podem ser considerados abusivos”. Segundo o juiz, “o empregador detém o poder diretivo, que lhe permite traçar as diretrizes para o atingimento de suas metas. Todavia, esta prerrogativa não se sobrepõe jamais ao princípio da dignidade humana”. O relator considerou ainda que a “a revista do empregado não pode resultar em injustificada invasão de privacidade, pois são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, direitos estes assegurados por norma de status constitucional, acrescentando que “o constrangimento causado por uma

8 Fonte: www.trt04.gov.br

nudez infligida por terceiro, como provado no caso sob exame, é patente e impõe a correspondente reparação à vítima". A decisão da 4ª Turma do TRT-SP foi unânime. (RO 01100.2004.054.02.00-6).

Em relação à revista pessoal, inclusive de pertences do empregado (bolsas, mochilas e etc), a polêmica ainda continua na jurisprudência trabalhista, conforme se percebe do teor da decisão destacada abaixo:

Invasão de privacidade. Empresa deve pagar por submeter empregados a revista. A Justiça do Trabalho condenou mais uma empresa a pagar indenização por danos morais por submeter empregados a revistas. Os ministros determinaram que a central de medicamentos Reydrogas Comercial pague R\$ 20 mil a uma ex-empregada. Consta da ação que a empresa mantinha um supervisor nos vestiários para observar os empregados a se despir. Segundo o site do TST, a ex-auxiliar de estoque contou que havia duas vistorias por dia, na saída para o almoço e ao final do expediente. Ela levantava a blusa e baixava a calça diante de uma supervisora.

O relator do processo, ministro João Oreste Dalazen⁹, entendeu que essa revista visual equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade:

"Penso que nem em nome da defesa do patrimônio, tampouco por interesse supostamente público pode-se desrespeitar a dignidade humana", disse. Para o relator, o fato de haver uma supervisora para observar as empregadas no vestiário já constitui agressão à intimidade. Para o ministro, a circunstância de a supervisão ser feita por pessoa do mesmo sexo é irrelevante, pois o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. Ele afirmou que a empresa teria outras opções de controle, que não agrediriam a intimidade de seus empregados, tais como o controle numérico dos medicamentos, o monitoramento por câmeras de vídeo nos ambientes em que há manipulação dos produtos e a verificação contábil mais detalhada do estoque."Em conclusão, embora não se cuide, aqui, a rigor, de revista pessoal, o comportamento da empregadora traduz nítido desrespeito à

9 Fonte: Revista Consultor Jurídico, 15/06/2004 . Site: www.conjur.com.br

intimidade da empregada”, firmou. (grifos **nossos**).

Em função do princípio da isonomia, este dispositivo tem sido aplicável indistintamente a homens e mulheres (a referência ao sexo feminino deveu-se ao fato de que a lei foi publicada para assegurar direitos específicos da mulher no mercado de trabalho).

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no TST em 23/11/2007, entre os enunciados aprovados 2 (dois) tratam sobre o conflito entre poder de direção versus intimidade e privacidade do empregado:

I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.

II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.

A solução de conflitos entre direitos fundamentais na relação privada de emprego

O grande problema é que não há uma linha exata e distinta que estabeleça onde começa e termina o poder de subordinação do empregado e nem sempre é fácil distinguir tal poder com as novas tecnologias de trabalho e os novos meios de informação.

Não há como negar que o avanço da tecnologia nas últimas décadas vem fazendo grande revolução às relações e vínculos de trabalho.

O conflito entre o direito de propriedade e poder diretivo do empregador versus direito à privacidade e intimidade do empregado é evidente. Como equilibrar ambos os direitos? Como estabelecer tais limites, sem se fazer do local de trabalho um lugar opressor e pesado para o empregado?

A recente doutrina trabalhista vem destacando os Direitos

"O grande problema é que não há uma linha exata e distinta que estabeleça onde começa e termina o poder de subordinação do empregado e nem sempre é fácil distinguir tal poder com as novas tecnologias de trabalho e os novos meios de informação."

Fundamentais e Sociais esculpido pela Constituição Federal, como uma das formas de solucionar tais conflitos oriundos da relação capital x trabalho.

Deste modo, um estudo acerca dos Direitos Fundamentais torna-se imprescindível, eis que as evidências demonstram que o Direito do Trabalho sempre terá de se aperfeiçoar, graças à sua dinâmica, porém, isso não quer dizer que tenha de conformar-se com a situação na qual se encontra.

Os Direitos Fundamentais preenchem espaço de grande responsabilidade no corpo constitucional e são tidos como importantes fundamentos para a base de todo o ordenamento jurídico. Não obstante, apesar da divergência de entendimentos sobre os direitos fundamentais, sabe-se que tal expressão ainda é a mais aceita pela doutrina.

Segundo Rodrigo de Lacerda Carelli¹⁰, Direitos Fundamentais “são aqueles direitos do homem que determinada sociedade escolheu por bem inseri-los em seu direito positivo, sendo resguardados a Constituição.”

Arion Sayão Romita acrescenta o relevante papel do Estado na efetivação dos Direitos fundamentais¹¹:

No tocante à posição do Estado em face dos direitos fundamentais, estes podem ser visualizados em dupla perspectiva: como direitos de defesa e como garantias à proteção do Estado contra a agressão de terceiros. Na primeira visão, os direitos fundamentais obrigam o Estado a respeitar os direitos de qualquer indivíduo em face de investidas do próprio Poder Público: atuam como direitos de defesa (*Abwehrrechte*). Na outra perspectiva, o Estado se obriga a garantir os direitos de qualquer pessoa contra a agressão perpetrada por terceiros, quando invocado o seu dever de proteção (*Schutzpflicht des Staats*).

Quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações

10 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos Constitucionais sociais e os Direitos Fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, ano 11, v. 42, janeiro-março, 2003, p. 252.

11 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

de Direito do Trabalho, Júlio Ricardo de Paula Amaral¹² entende que é plenamente aplicável em conflitos trabalhistas: “a relação de emprego enquanto uma estrutura de poder, mostra-se detentora de diversas faculdades de atuação, razão pela qual possui elevada potencialidade de afrontar os direitos fundamentais dos trabalhadores”.

A fim de enfatizar a importância da aplicação da teoria dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho, o autor¹³ ressalta que atualmente há uma tendência de estabelecer a denominada “cidadania da empresa”, ou seja, com a finalidade de dar ênfase aos que se passou a designar como direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nascimento¹⁴, complementando a referida idéia: “direitos fundamentais significam também uma relação não entre o cidadão e o Estado, mas entre particulares, como as relações que se estabelecem entre o empregador e o empregado, na defesa deste contra a exacerbação do poder diretivo daquele”.

Maurício Godinho Delgado¹⁵ ressalta a importância do valor social do trabalho para a nossa sociedade:

Os princípios e regras de proteção à pessoa humana e ao trabalho constituem parte estrutural da Constituição da República brasileira. Sabiamente, a Carta Magna percebeu que a valorização do trabalho é um dos mais relevantes veículos de valorização do próprio ser humano, uma vez que a larga maioria dos indivíduos mantém-se e se afirma, na desigual sociedade capitalista, essencialmente, por meio de sua atividade laborativa.

Amaral¹⁶ aponta como método verificador: o princípio da proporcionalidade. Tal princípio, além de servir como método verificador da legitimidade de eventuais intromissões dos poderes públicos dos poderes públicos na esfera privada dos direitos e liberdades públicas dos cidadãos,

12 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 80.

13 Op. Cit, p. 83.

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31.ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 130.

15 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do trabalho*. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 31, n. 117, p. 167, janeiro-março, 2005.

16 Op. Cit, p. 93.

mais do que isso, deve servir como critério orientador para a resolução do conflitos entre os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos nas mais variadas espécies de relações jurídicas, principalmente a relação de emprego.

O princípio da proporcionalidade (*lato sensu*) divide-se em 3 princípios: princípio da adequação; princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade (*sentido estrito*).

Quanto ao princípio da adequação, pode-se afirmar que um meio – limitação de um direito fundamental – se mostrará adequado na medida em que a sua utilização contribua para o alcance da finalidade da proposta. O princípio da adequação significa que deve-se indicar se determinada medida constitui o meio certo (adequado) para se chegar em um fim baseado no interesse público. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim¹⁷.

Em relação ao princípio da necessidade, não se deve esquecer que ao tomar a decisão de limitar o direito há de se escolher a alternativa menos gravosa, sempre que seja igual, em eficácia, que o resto de medidas apropriadas. Constitui o princípio da escolha do meio mais suave e menos oneroso ao cidadão¹⁸.

Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma-se que, para que seja possível uma intervenção legítima no âmbito dos direitos fundamentais, o grau de realização do objetivo da ingerência deve pelo menos equivalente ao grau de afetação do direito fundamental. É o sub-princípio, no dizer de Canotilho, da *"justa medida"*.¹⁹

Jorge Miranda aduz que a *"racionalidade"* ou proporcionalidade *stricto sensu*, significa que a providência não pode ficar aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos. Esse princípio (da proporcionalidade) se converteu em princípio constitucional, anotando, Bonavides, que o controle de proporcionalidade é expressão do controle de constitucionalidade. O emprego inadvertido e abusivo do princípio da proporcionalidade poderá comprometer e abalar o equilíbrio entre o legislativo e o judiciário.

Na utilização desse princípio não se pode chegar ao extremo,

17 Op. Cit, p. 95.

18 Op. Cit, p. 95.

19 Op. Cit, p. 98.

ao “Estado de juízes”, em que o remédio limitador da ação do Estado frente a direitos fundamentais seja utilizado de modo a cercear a ação do poder também constitucionalmente previsto e conferido ao legislador, de elaboração das leis. Esse sub-princípio é o que de mais de perto se prende ao princípio da igualdade. A inconstitucionalidade da medida se dará quando for excessiva, injustificável, não se enquadrando na proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é utilizado como instrumento de interpretação quando se está diante de colisão entre direitos fundamentais e se busca solução conciliatória.

Ademais, na interpretação há que se atentar também para a técnica da “interpretação conforme a Constituição”, pela qual, se houver possibilidade de interpretação de que se extraia a compatibilização da norma com a Constituição, a norma é constitucional e como tal se aplicará de acordo com a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição só possibilita a opção entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, mas nunca uma revisão de seu conteúdo. Assim, a interpretação conforme a Constituição possui limite “na letra e na clara vontade do legislador”, sendo imperioso “respeitar a economia da lei”, não podendo implicar na “reconstrução” de uma norma que não esteja explícita no texto, caso contrário, haverá usurpação de funções, convertendo os juízes em legisladores ativos.

Dinaura Godinho Pimentel Gomes afirma que é essencial que o Direito, através de princípios ético-morais e com o apoio da solidariedade social e luminosidade dos juristas preserve o homem “*garantindo-lhe condições mínimas de existência digna, não só em ‘uma folha de papel’ (expressão historicamente utilizada por Lassale), mas de forma concreta e efetiva*” e acrescenta grande reflexão com seriedade:²⁰

Urge, portanto, fazer valer a Constituição Brasileira – para que não seja vista como mera folha de papel, no dizer de LASSALLE – através da tomada de urgentes medidas, norteadas pela idéia de justiça, no sentido de efetivar a promoção e proteção dos direitos à vida, à saúde, e à dignidade da pessoa humana,

20 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos Direitos Fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. *Revista de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, ano 11, n. 24, p. 110, outubro-dezembro de 2003.

tendo como vertente de correspondência a igualdade de oportunidades para todos os indivíduos, em oposição às graves e crescentes desigualdades sociais geradas pela globalização econômica.²¹

Enoque Ribeiro dos Santos entende que os direitos fundamentais são tão importantes que deveriam possuir no mundo jurídico “*um papel semelhante a um título executivo constitucional, que uma vez não adimplido propicia a seu possuidor, exigir os eu efetivo cumprimento judicialmente, mesmo que seja em face da expropriação ou constrição dos bens do devedor, no caso o Estado.*”²²

Amaral ressalta com grande seriedade a importância da aplicação dos direitos fundamentais na relação de emprego do século XXI: “*No contexto de flexibilização e expansão dos poderes empresariais, devem necessariamente estar inseridos os direitos fundamentais pertencentes aos trabalhadores, tanto aqueles que tem um conteúdo especificamente trabalhista – direitos fundamentais trabalhistas como aqueles que pertencem ao trabalhador na sua qualidade de pessoa – direitos fundamentais ou laborais específicos – (...) e que podem ser exercitados pelos trabalhadores no âmbito desta relação de trabalho, na qualidade de cidadão*”²³.

5. Considerações finais

A preocupação dos doutrinadores e operadores do direito com o tema ora abordado, reflete uma nova realidade no cenário do direito do trabalho: que a proteção ao trabalhador suplantou patamares pecuniários e que a sociedade está preocupada com o meio ambiente do trabalho e com um dos direitos mais importantes da personalidade da humanidade, que é o direito à dignidade do trabalhador.

A relação de trabalho é o local privilegiado para lidar com a questão dos direitos fundamentais em face da autonomia privada das partes

21 GOMES, Dinaura Doginho Pimental. Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, ano 13, v. 53, p. 40, outubro-dezembro, 2005.

22 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos Humanos e meio ambiente do Trabalho – título executivo constitucional – tutela jurisdicional. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, ano 22, n. 2258, p. 29, junho de 2005.

23 Op. Cit, p. 93.

(contrato de trabalho).

A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade. Contudo, não é nenhuma ameaça ao empregado impedi-lo de usar os meios da empresa em benefício próprio ou em prejuízo da empresa. Os valores pessoais devem prevalecer sempre sobre os valores materiais (*dignidade da pessoa humana x prejuízo no furto de mercadorias* na revista íntima). A dignidade da pessoa humana deve ser afirmada como valor supremo.

O ministro do STF Marco Aurélio M. F. Mello ressaltou bem: *conscientizem-se os empregadores de que a busca do lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e participe da obra que encerra o empreendimento econômico*".

A minha singela conclusão é a seguinte: o artigo 2º da CLT deve passar por uma nova leitura constitucional no século XXI, ou seja, quando o legislador determina que o empregador "dirige" a prestação de seus empregados, deve-se interpretar que o empregador deve exercer os seus poderes de empresário, com boa fé objetiva, de forma ética e solidária, com respeito aos seus empregado como pessoa dotada de dignidade humana.

Por fim, coaduno com a opinião de André Franco Montoro: *"não basta ensinar direitos humanos, é preciso lutar pela sua efetividade. E acima de tudo, trabalhar pela criação de uma cultura prática desses direitos."*²⁴

6. Bibliografia

BELTRAN, Ai Possidonio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001.

BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev.atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 31, n. 117, janeiro-março, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 1º volume: parte geral. 20. ed.

24 MONTORO, André Franco. Cultura dos direitos humanos. I: Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. v.1, n. 12, p. 28, 1999 *apud* DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana no Direito do Trabalho Brasileiro. *Revista Síntese Trabalhista*. Ano XVII, n. 197, Editora Síntese, novembro 2005, p. 39.

São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x Direito de propriedade e Poder Diretivo do Empregado. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 28, v. 105, jan-mar, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. O Futuro dos Direitos Humanos Fundamentais. *Revista Jurídica Consulex*. Ano X, n. 232, Brasília: Editora Consulex, p. 61, setembro de 2006.

GOMES, Dinaura Doginho Pimental. Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, ano 13, v. 53, outubro-dezembro, 2005.

MALLET, Estevão. Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho. *Revista: LTr*. São Paulo: LTr, v. 68, n. 11, novembro, 2004.

MELO, Sandro Nahmias. A Garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, ano 11, v. 43, p. 85, abril-junho, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O Direito do Trabalho analisado sob a perspectiva do Princípio da Igualdade. *Revista: LTr*. São Paulo: LTr, v. 68, n. 07, p. 782, junho, 2004.

PIOVESAN, Flávia; FREITAS JR, Antônio Rodrigues. Direitos Humanos na era da globalização: o papel do 3º setor. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 28, v. 105, janeiro-março de 2002.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos Humanos e meio ambiente do trabalho – título executivo constitucional – tutela jurisdicional. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, ano 22, n. 258, junho, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

SIMM, Zeno. Os Direitos Fundamentais na relações de trabalho. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 69, n. 11, novembro, 2005.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

Artigos

Uso Laboral e Extralaboral do Correio Eletrônico e Internet. Controle Patronal Indevido ou Abusivo. Lesão aos Direitos Fundamentais de Segredo das Comunicações e Privacidade

Emília Simeão Albino Sako (·)



Emília Simeão Albino Sako

Especialista em Ciência Política e Desenvolvimento Estratégico. Mestre em Direito Negocial. Doutora em Direito Social. Juíza do Trabalho do TRT da 9ª Região.

RESUMEN: La Constitución del Brasil, en su artículo 5º, X y XII, confiere a la privacidad y al secreto de las comunicaciones *status* de derechos fundamentales, como presupuesto de ejercicio de otros derechos fundamentales como los son los derechos de protección de datos personales y libertad de expresión e información. Así, el control empresarial de las navegaciones de internet y a la mensajería del correo electrónico, puede herir los derechos fundamentales de intimidad y secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

Palabras llaves: Nuevas Tecnologías; Correo electrónico; internet; Actividades de control; Intimidad; Secreto de las comunicaciones; principio de proporcionalidad.

1 Introdução

As empresas tecnologicamente equipadas utilizam as redes de comunicação para transmissões de dados com suporte eletromagnético, para atingir seus objetivos econômicos. As novas tecnologias aplicadas à produção implicaram mutações na forma de execução do trabalho, que passa a ser executado pelos meios telemáticos. Isso garante maior flexibilidade na prestação dos serviços e lucratividade, na medida em que as empresas obtêm os resultados financeiros esperados com um pequeno número de trabalhadores, que podem produzir a partir de qualquer lugar e a qualquer hora.

Num mundo empresarial tecnologicamente modificado, do ponto de vista dos direitos dos trabalhadores, já se fala em direitos laborais “on-line” ou de quarta geração, que são aqueles direitos afetados de alguma forma pela manifestação das novas tecnologias, ou seja, com os serviços realizados com suporte nos canais de comunicação. A nova realidade produtiva aponta para a necessidade de um reexame das tutelas tradicionais dirigidas ao trabalhador, em especial, a redefinição dos conceitos dos direitos fundamentais de privacidade e segredo das comunicações, que atualmente estão sendo diretamente afetados pelas novas tecnologias aplicadas à produção. A descentralização da subordinação faz com que a atividade de controle, seu objeto e finalidade se tornem cada vez mais difusos, pois estão tecnicamente integrados ao mesmo tempo na função, no momento temporal e na atividade do trabalhador. A utilização da informática põe em manifesto as fronteiras dos limites às faculdades empresariais de fiscalização das obrigações laborais, superando as categorias tradicionais ditadas pelas normas jurídicas. Relativizam-se os conceitos de intimidade e segredo de comunicações, que agora parecem pouco adequados às exigências impostas pelas atuais formas de trabalho e controle empresarial.

2 O trabalho estruturado na tecnologia

Os negócios eletrônicos deram origem a uma nova economia, fundada no trabalho autoprogramável, executado à distância e, pelos meios telemáticos. O trabalho, como ser fonte de produtividade e lucratividade, é remodelado pela internet, tornando-se indispensável à organização empresarial em rede, que processa informações e gera conhecimentos. A inovação depende da disponibilidade de trabalho de alto nível educativo, capaz de servir às novas tecnologias para incrementar a produtividade.¹

Na sociedade da informação, do conhecimento, das idéias, dos componentes essenciais de valor, o número de tarefas não para de se multiplicar. Os novos modos de produzir favorecem a descentralização da tomada de decisões e a desconcentração territorial dos recursos, premia a flexibilidade e a criatividade, na qual o trabalho adquire um modo singular, e é a mais visível manifestação dessa profunda transformação.²

1 * Especialista em Ciência Política e Desenvolvimento Estratégico. Mestre em Direito Negocial. Doutora em Direito Social. Juíza do Trabalho do TRT da 9ª Região.

CASTELIS, M. *A galáxia internet* (traduzido por Rita Espanha; coordenadores: José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 134.

2 ARANDA, J. T. *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. 2ª edición. Consejo Económico Y Social. Madrid, 2001, p. 191-2.

A reestruturação do processo produtivo – *Business process reengineering* –, pela incorporação das novas tecnologias, adiciona novos instrumentos ao trabalho, respondendo positivamente às estratégias e expectativas da atividade econômica, possibilitando que as empresas possam se organizar em rede e se fixar em diferentes pontos geográficos. As inovações tecnológicas, sobretudo nas áreas da robótica e informática, fizeram com que os tradicionais meios de produzir e trabalhar fossem substituídos por formas virtuais. Surgem novas estruturas, reticulares, que se adaptam rapidamente às exigências da vida e do mercado. As empresas passam a produzir apenas aquilo é útil no momento em que é útil, com meios estritamente necessários, deixam de ocupar um determinado espaço físico e geográfico e passam a funcionar de forma virtual, por meio da junção da informática e das telecomunicações, que interliga os trabalhadores, empregadores, fornecedores e clientes em tempo real, em qualquer parte do mundo.³

O contato físico é substituído pelo virtual, pelas redes de comunicação. Num modelo radicado no trabalho pelos meios telemáticos e à distância, o empresário não mais necessita da pessoa física do trabalhador, mas apenas de um pequeno grupo de cérebros que navegam na internet e que podem ser explorados por meio das redes virtuais globalizadas. A afirmação da internet impôs uma revolução no mundo das empresas, com redução e/ou supressão do trabalho físico prestado sob supervisão direta.⁴ As redes de comunicação permitem que o trabalho possa ser realizado sem deslocamentos físicos, a partir de qualquer lugar do planeta, dinamizando e incrementando a produção. A economia baseada nas novas tecnologias não pode funcionar sem trabalhadores com capacidades para navegar, tanto tecnicamente como em termos de conteúdos, neste profundo mar de informação, organizando-os, focalizando-os e transformando-os em conhecimentos concretos, adequados à tarefa e aos propósitos do

3 REDINHA, M. R. G. *O teletrabalho*. II Congresso nacional de direito do trabalho (coordenador: António Moreira). Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

4 Cfr. López Parada, “Hoy la tecnología de almacenamiento y procesamiento electromagnético de información ha constituido un saldo cualitativo que permite hablar hoy en día de un nuevo sistema productivo. La automatización alcanza un nuevo límite cuando lo que se reproduce no son movimientos físicos sino procesos mentales. Pero, como ocurrió con las máquinas en los inicios de la industrialización, el trabajo no se enriquece cuando la máquina ordena y sistematiza el proceso, puesto que la máquina impone sus propios ritmos y exigencias, a los que la actividad humana ha de plegarse. Y, así, al igual que el artesano fue sustituido finalmente por el maquinista, cuya actividad creativa era notoriamente inferior, la introducción de la informática ha sustituido en muchos casos al trabajador administrativo que organizaba su oficina por un servidor de la máquina, un tecleador de los datos necesarios para que el ordenar pueda procesarlos y cumplir su finalidad” (LÓPEZ PARADA, R. A. *Informática, productividad y salud laboral. Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, 2004 (Manuel Ramón Alarcón Caracuel; Ricardo Esteban Legarreta, coordinadores). Madrid: Bomarzo, 2004, p. 93/97.

"Os processos de trabalho embasados nas novas tecnologias implicam mudanças no marco contratual e impõem ao trabalhador uma série de sacrifícios, como a obrigação de prestar serviços fora da empresa, formação digital continuada, submissão ao controle informático e limitações em sua vida privada."

processo de trabalho. Os trabalhadores devem ser capazes de reciclar-se em temas de habilitações, conhecimentos, maneira de pensar, de acordo com uma série de tarefas variáveis num ambiente de negócios em contínua evolução. O trabalho na Era digital requer um tipo concreto e diferenciado de educação, conhecimentos e informação acumulados na mente do trabalhador para que possa expandir-se e modificar-se automaticamente ao longo de toda a sua vida profissional ativa. Entre outras conseqüências, a *e-economia* requer o desenvolvimento do *e-learning* como um companheiro imprescindível durante a vida profissional. As características mais importantes deste processo de aprendizagem são aprender a aprender, já que a economia se move à velocidade da internet. Assim, o trabalhador tem de estar capacitado para transformar a informação obtida durante o processo de aprendizagem em conhecimento específico.⁵

Os processos de trabalho embasados nas novas tecnologias implicam mudanças no marco contratual e impõem ao trabalhador uma série de sacrifícios, como a obrigação de prestar serviços fora da empresa, formação digital continuada, submissão ao controle informático e limitações em sua vida privada. As relações de poder são canalizadas e centralizadas em conectores e *know-how* tecnológico, em aspectos como produtividade e competitividade, facilitando as atividades de controle, pois por meio da instalação de um *software* simples, o empresário, mesmo à distância, pode ter acesso direto e contínuo a todos os movimentos do trabalhador.

As formas de produzir mudaram, porém a economia ainda depende do trabalho humano, agora, realizado pelos meios telemáticos e de forma virtual. Alteram-se as tradicionais formas de gestão empresarial em aspectos como recrutamento de pessoal, exercício do poder de direção, controle e vigilância, tempo de trabalho, formas retributivas etc.. Com isso, mudam-se os pontos de tensão, na medida em que as relações virtuais e invisíveis tornam-se mais difusas e complexas. A comunicação em tempo real, a partir de diferentes espaços, aumenta a dificuldade de identificar quem são os trabalhadores e quem são os tomadores de seus serviços. O trabalho se individualiza, se modifica, desagrega-se no desempenho e agrega-se no resultado.

5 Castelis, *op. cit.*, p. 117.

3 As possibilidades de controle informático

A internet permite o intercâmbio de informações entre milhões de usuários, oferecendo um conjunto de possibilidades de comunicações diferenciadas que se agrupam em duas categorias: a) serviços de comunicação e, b) utilização conjunta da informação. Entre os primeiros está o correio eletrônico, os grupos de notícias e a comunicação em tempo real entre distintos usuários (*chats*, foros de discussão etc.). Entre os segundos estão os serviços que utilizam conjuntamente a informação pelo emprego dos computadores (*telnet*) e a transferência, difusão e obtenção da informação por meio de *World Wide Web* (*www*).

Nas relações de trabalho os componentes *hardware* e *software* podem ser úteis ao empregador como instrumentos de controle.⁶ Os chamados arquivos *log* y *cookies* podem armazenar dados que permitem a qualquer tempo a identificação do trabalhador. Os arquivos *cookies* armazenam as informações remetidas desde o servidor durante a conexão, de modo a deixar visível o caminho percorrido desde o servidor durante a conexão com o provedor de conteúdos, permitindo a verificação do lugar visitado pelo usuário. Os arquivos *log* são registros gerados automaticamente pelo sistema de acesso à rede de comunicação em relação aos dados IP⁷ do computador utilizado para a conexão, com o indicativo da data e hora da conexão, seu tempo de duração, registrando informações invisíveis sobre o usuário por meio de um simples processo de associação do usuário com a direção de IP que lhe atribuiu o próprio usuário.⁸ O recurso ao provedor de acesso por meio do número IP,

6 De entre las diversas formas de control esta acudir al servidor que dispone de un analizador que lleva cuenta de los sitios visitados por el usuario, el tiempo empleado en cada uno de ellos. Otro mecanismo de vigilancia es instalar programas de monitorización en los ordenadores de los trabajadores que permitan registrar y visualizar los accesos del trabajador mientras está conectado a internet. Estos programas son capaces de detectar los accesos no autorizados, las paginas de internet visitadas, los programas utilizados, el tiempo empleado, y permiten recuperar la información enviada y otras funciones más. GOÑI SEIN, J. L. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Manuel Ramón Alarcón Caracuel; Ricardo Esteban Legarreta, coordinadores). Madrid: Bomarzo, 2004, p. 85.

7 De forma genérica, IP é um conjunto de números que identifica um determinado equipamento (geralmente computadores), em uma [rede privada](#) ou [pública](#).

8 Cfr. Martínez Fons, los archivos *log* son el registro, generado automáticamente por el sistema de acceso a la red de comunicación, relativo a algunos datos IP del ordenador empleado para la conexión, la fecha y hora de la conexión, así como el tiempo de duración de la misma. El proveedor puede obtener información, de manera invisible, información sobre el usuario a través del sencillo proceso de asociar el usuario con la dirección de IP que le ha atribuido. Así, pues, los datos obtenidos son datos personales en la medida que identifican a un sujeto – el usuario – de manera individualizada del resto – a través de la dirección de IP (MARTÍNEZ FONTS, D. El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa. *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, 2005, p. 226-7).

que identifica o computador, permite saber que conexões o provedor de acesso realizou desde um computador determinado, o tempo de conexão, os arquivos baixados, as páginas visitadas etc. Os arquivos históricos, denominados *Historial*, também podem armazenar os lugares visitados pelo usuário, permitindo ao interessado conhecer as páginas visitadas, o número de visitas, a data e a hora, bem como a direção das visitas. Inúmeros programas de monitoração ou “espiões” instalados no computador informam, em tempo real, as páginas *web* que estão sendo visitadas pelo usuário, o que se está visitando, o tempo de conexão, quantas vezes foram ativadas as páginas e, inclusive, permite fazer uma cópia dos lugares visitados. Utilizados com bastante frequência, muitos programas permitem saber instantaneamente até mesmo os acessos ao teclado que estão sendo feitos em cada terminal, ou seja, podem contar o número de toques realizados.⁹

Os dados enviados e recebidos podem ser recolhidos eletronicamente e permanecer nos servidores do correio eletrônico e, apesar de eliminados da caixa de entrada de aplicação *software* de e-mail ou enviados à lixeira, é possível a realização de cópias, que podem ser guardadas no servidor, possibilitando o acesso aos dados armazenados mediante a realização de cópias *back up*, operações de *underlete* ou comandos de busca *hidden documents*. Os provedores de acesso a internet possibilitam a obtenção de estatísticas pormenorizadas dos usuários, além da instalação de programas informáticos para controle das atividades e monitoração de desempenho.¹⁰

Os meios tecnológicos de informação e comunicação permitem ao empregador realizar controles de perfis variados de seus trabalhadores, tanto na forma de articulação como pelo objeto perseguido. O controle pode incidir sobre o registro dos arquivos dos computadores ou servidores, com a finalidade de comprovar o destino que foi dado tanto ao *hardware* como ao *software*. Para a verificação das navegações de internet basta acessar o registro dos arquivos do servidor ou a memória do computador, ou obter as informações desejadas emitidas pelos programas instalados nos computadores com a finalidade de identificar o uso que das ferramentas informáticas foi feito pelo usuário.¹¹ Assim, a vigilância eletrônica centrada

9 MUÑOZ LORENTE, J. Los límites penales en el uso del correo electrónico e internet en la empresa. In: el uso laboral y sindical del correo electrónico en la empresa. Antoni Roig Batalla, coordinador. Valencia: Tirant lo Blanc, 2007, p. 156/157.

10 ROIG BATALLA, A. El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales. In: El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa (Antoni Roig Batalla – coordinador). Valencia-ES: Tirant lo Banch, 2007, p. 67.

11 MARTÍNEZ FONS, D. El control empresarial, p. 192/3.

nos poderes empresariais de dirigir e controlar a atividade laboral, pode vulnerar direitos fundamentais do trabalhador.¹²

4 Segredo das comunicações e privacidade

As novas tecnologias possibilitam um controle mais incisivo sobre as atividades do trabalhador, o que supõe novos riscos aos seus direitos fundamentais. Nas conexões à internet e sistemas de mensagem ou correio eletrônico, o usuário é conectado a uma rede comum e ao comunicar-se com terceiros pessoas, a cada um deles se atribui uma referência (direção), de modo que podem trocar mensagens. O computador vai registrando as conexões realizadas e as mensagens recebidas e as conserva em sua memória, e quando desejável, o computador fará desfilar em sua tela os caminhos e as mensagens arquivadas. Isso permite que um terceiro, alheio à comunicação, conheça as mensagens armazenadas no serviço central, o que constitui uma intromissão ilegítima na esfera privada, e um exercício ilícito das comunicações.¹³

Nas relações de trabalho, as informações e comprovações do trabalhador recolhidas nos arquivos *log* y *cookies* são consideradas, em regra, pessoais. As primeiras porque são facilmente identificadas com a pessoa do trabalhador, pela possibilidade de o IP identificar o computador utilizado em serviço, ou seja, desde o qual se produziu um dado de caráter pessoal. Os segundos, porque podem conter informações de caráter pessoal, que ficam armazenadas na memória *cache* do computador do trabalhador, usuário individual.¹⁴

12 Na STC 186/2000, de 10 de julho, o Tribunal decide o caso de uma empresa que ante as suspeitas de irregularidades dos trabalhadores que atuam na caixa decide instalar uma câmara de vídeo focada nas mãos desses trabalhadores, o que acabou confirmando que subtraíram produtos da empresa. O Tribunal recordou que a STC 98/2000, de 10 abril, reconheceu o direito à intimidade “al ámbito de las relaciones laborales” e retomou a tese tradicional de que “la conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada”, e acabou concluindo que o empresário não tem o poder de levar a cabo, com o pretexto de exercer suas facultades de vigilância e controle “las intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en el centro de trabajo”. En: CAMAS RODA, F. La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Coord.: Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta). Albacete: Editorial Bomarzo, 2004. p. 166-67.

13 RUBERT CARDONA M. B. *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1999, p. 84.

14 MARTÍNEZ FONS, D., *op. cit.*, p. 227.

Nos marcos dos terminais com correios eletrônicos e internet, a vigilância empresarial é temível, porque as informações suscetíveis de serem exploradas são numerosas e precisas, permitindo aos interessados inúmeras possibilidades de acesso às atividades desempenhadas e às informações, inclusive, as de natureza pessoal. A vigilância sobre o correio eletrônico e internet rompe os limites entre o que se considera vida privada e intimidade do trabalhador, pois permite a intromissão em um espaço secreto que aos terceiros está proibido adentrar.¹⁵ Os equipamentos informáticos implantados nas empresas e utilizados como instrumentos de trabalho permitem, cada vez mais, conhecer dados da pessoa do trabalhador, tais como a disponibilidade para o trabalho e para viagens, o número de filhos, idade, suas opiniões e crenças religiosas, preferências sexuais, políticas e sindicais, condições de saúde etc.¹⁶ O controle do e-mail do trabalhador pode permitir ao empresário obter informações relativas à intimidade, com possibilidade de embasar atos de discriminação, como ocorre, por exemplo, com os dados relativos à saúde. Dessa forma, de maneira geral, a instalação de programas de controle, ainda que precedidos de informes detalhados a cada trabalhador, de que sua navegação está sendo monitorada, não tem encaixe no ordenamento constitucional.¹⁷ Isso porque, o acesso às informações pessoais do trabalhador pela aplicação da informática pode possibilitar a construção de seu perfil e sua valoração em diferentes aspectos. O armazenamento de dados do trabalhador, quando não exigíveis à atividade laboral, afeta o direito de intimidade (CF, art. 5º X), por se tratar de intromissão em âmbito

15 Nesses termos e sentido, a jurisprudência trabalhista da Espanha é abundante. Na sentença 26/2007 (RJ/2007/7514), o Tribunal constitucional fez uma análise do direito fundamental de intimidade pessoal e os possíveis direitos do trabalhador atingidos. Entendeu o Tribunal que: a) a empresa não pode recolher informações constantes nos arquivos temporais do trabalhador; b) a atuação pressupõe uma vulneração ao direito de intimidade; c) a medida adotada pela empresa, sem prévia advertência sobre o controle do computador supõe uma lesão à intimidade do trabalhador; d) o acesso aos arquivos do computador pode ser justificado pela existência de vírus, porém a atuação empresarial deve limitar-se ao controle e eliminação do vírus, sem prosseguir e examinar o computador, não podendo ir além da entrada regular que o justificava; e) o critério central ampara-se no princípio da boa-fé, de preservar a expectativa de respeito à intimidade. Disponível em: <http://nuevo.westlaw.es>, acesso em 21/7/2008.

16 MARTÍNEZ F. D. Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial XV - 2004 (Ma. Del Mar Serna Calvo - Directora). Madrid: La Rey, 2005, p. 24-25.

17 Según GOÑI SEIN, “Ello supone un atentado a la intimidad y al respecto a la dignidad de la persona del trabajador, por la privación total de intimidad que comporta y porque sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho del control del empresario. El respeto a la dignidad e intimidad del trabajador (Art. 20.3 ET) delimita un ámbito no ilimitado, sino restringido, de vigilancia y estos programas, al monitorizarlo todo, no ofrecen garantía alguna de respeto a los aspectos reservados e íntimos de trabajadores presentes habitualmente cuando se hace uso de internet al desarrollar su actividad laboral”. GOÑI SEIN, J. L. Vulneración de derechos fundamentales ..., p. 86.

próprio e reservado da personalidade, podendo, ainda, ferir o direito fundamental à liberdade de expressão.¹⁸

A atividade de ‘navegar’ por lugares de informação acessíveis pela internet constitui um processo de comunicação e está sujeita a tutela própria do segredo das comunicações (Constituição Federal, art. 5º, XII). O empresário não poderá investigar o computador do trabalhador, ter acesso ao seu correio eletrônico, interceptar suas mensagens ou solicitar ao provedor do correio eletrônico o envio dos mesmos. O acesso aos conteúdos dos correios enviados ou recebidos pelo trabalhador implica vulneração ao segredo das comunicações e o mesmo ocorre quando se apreende a mensagem para guardar no disco duro. Vulnere ainda o direito à intimidade, diante do possível caráter pessoal da informação, assim como pode ferir a liberdade de expressão. O exercício da liberdade de informação e de expressão na empresa, de modo similar ao que ocorre com o direito à igualdade e não-discriminação ou o direito à intimidade, tem merecido uma posição de máxima centralidade no debate jurídico-laboral.¹⁹

O registro dos arquivos contidos no computador utilizado pelo trabalhador ou no servidor empresarial, ou seja, os arquivos ou mensagens eletrônicas, e os chamados *log* nos quais estão registradas as correspondências eletrônicas, estão protegidos constitucionalmente. Os

18 A STSJ Cataluña 4 de dezembro de 2001, confirma como nula demissão de uma trabalhadora que remeteu a um superior hierárquico um correio eletrônico contendo críticas à empresa e a alguns colegas de trabalho. O Tribunal entendeu que “El propósito de tal epístola en modo alguno busca perjudicar o lesionar el interés empresarial, sino mejorar su funcionamiento y está redactado en términos asépticos y por ello respetuosos con el orden laboral interna de la empresa”. O Tribunal admitiu que o correio eletrônico é um canal de comunicação da empresa, equiparando-o ao resto dos meios de transmissão e informação, com validade para efeitos jurídicos. Nas palavras do Tribunal o correio eletrônico não se reduz a mero instrumento de produção a serviço dos interesses da empresa e declara seu caráter totalmente acessível e fiscalizável. O Tribunal ressalta: 1) a importância que a empresa estabeleça instruções sobre seu uso; 2) a particular natureza desse tipo de canal de comunicação que diferencia dos tradicionais, permitem que o remetente de forma fácil amplifique suas declarações. Se a empresa deu instruções sobre o uso do correio eletrônico, pode sancionar o trabalhador que deixa de observar o uso para fins estritamente profissionais, sem que dita conduta seja contrária ao direito à liberdade de expressão (SÁNCHEZ TORRES, E. El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías. *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, 2005, p. 131-32).

19 Entende Sanches Torres que “De este modo, pese a que precisamente la libertad de expresión legitima la posibilidad de efectuar críticas o juicios de valor desabridos, que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirigen, no es menos cierto que la naturaleza de la relación laboral (buena fe y confianza como elementos inherentes al vínculo contractual) conlleva la incorporación de un límite adicional a su ejercicio”. Ello comporta que “manifestaciones (...) que en otro contexto pudieron ser legítimas no tienen por qué serlo dentro del ámbito de dicha relación laboral”, conforme STC 120/1983, de 15 de diciembre. Deberá dilucidarse sobre la base de la actuación del trabajador si su intención es la de inferir un daño moral o material al empresario o, por el contrario, la de solucionar un problema o corregir alguna situación o anomalía (SÁNCHEZ TORRES, E. op. cit., p. 111).

serviços de comunicação que oferece a internet estão tutelados pelo direito fundamental ao segredo das comunicações, assim como as mensagens do correio eletrônico, em tempo real ou em foros de discussão ou de notícias, pois se integram dentro do conceito constitucional de comunicação.²⁰ Portanto, são formas ilegítimas as interceptações da mensagem ou o estabelecimento de mecanismos de cópia automática das mesmas, bem como o acesso às cópias das mensagens recebidas e arquivadas, seja no servidor utilizado pela empresa, seja na caixa de correio eletrônico do trabalhador.²¹ O acesso ao conteúdo das mensagens eletrônicas é vedado, pois a norma constitucional protege a comunicação e a mensagem, com garantia formal de intangibilidade. A comunicação realizada entre um emissor e um ou vários receptores, por um meio eletrônico, é um procedimento tutelado pelo ordenamento jurídico frente a qualquer interceptação por parte de terceiros alheios à comunicação. O elemento determinante à proteção é a expectativa de confidencialidade do objeto da comunicação, da qual deriva o direito fundamental à intimidade. Assim, qualquer comunicação realizada por meio dos instrumentos informáticos gozará da tutela constitucional do art. 5º inciso XII da Constituição Federal, que tem caráter formal e confere tutela à comunicação independente do conteúdo material incluído na mensagem.

A dimensão do controle empresarial sobre as comunicações dos trabalhadores não poderá se realizar de forma aleatória no terreno laboral, porque em conformidade com o Art. 5º, inciso XII da Constituição, estão protegidas pelo segredo das comunicações, tutela constitucional das comunicações que se estende a todos seus elementos (mensagem, emissor, receptor). As navegações se encaixam no conceito legal e são atos de comunicação e, assim, as direções e lugares visitados gozam da tutela do direito fundamental.

A verificação do uso de internet ou correio eletrônico, por meio do controle informático, de forma indiscriminada, pode ferir o direito à intimidade e o direito ao segredo das comunicações e, por via de consequência, outros direitos, como a liberdade de expressão e informação e proteção de dados pessoais. Os dados obtidos por meio de aplicações informáticas são dados de caráter pessoal, e por isso, terão as limitações necessárias que delas derivem.

Juridicamente, portanto, não há razão alguma que permita excluir a mensagem eletrônica do conceito constitucional de comunicação. A

20 MARTÍNEZ FONS. D. El control empresarial... p. 211-212.

21 *Idem, ibidem*, p. 222/3.

informática pode supor um desequilíbrio entre as partes do contrato, com violação de direitos fundamentais do trabalhador, exigindo imposição de limites e adoção de medidas que respeitem a intimidade e dignidade dos trabalhadores.²²

Na Espanha, o GTA29 2002 declarou que o segredo da correspondência é uma aplicação das comunicações em âmbito laboral que inclui o correio eletrônico e os arquivos anexos.²³

5 Atividade de controle: princípio de proporcionalidade

O princípio de proporcionalidade é útil especialmente aos casos de conflito de direitos, quando colidem direitos fundamentais. Trata-se de instrumento que permite a adaptação da norma ao caso concreto e às diferentes realidades. Possui uma dimensão ética e racional e se concretiza em três subprincípios: 1º) adequação da medida ao objetivo proposto - juízo de idoneidade; 2º) necessidade da medida para alcançar o objetivo buscado, sem possibilidade de outra mais moderada com igual eficácia - juízo de necessidade e, 3º) ponderação da medida por resultar maiores benefícios ou vantagens para o interesse geral, que prejuízos para os bens ou valores em conflito - juízo de proporcionalidade em sentido estrito. É um princípio fundado no valor "justiça", na dignidade da pessoa humana, que limita a arbitrariedade e impede o sacrifício injustificado dos

22 Na identificação dos direitos em conflito e na busca do equilíbrio entre eles, GONZÁLEZ ORTEGA apresenta os seguintes critérios: 1) aceptar que los medios de control empresarial pueden ser atentatorios contra una amplia gama de derechos fundamentales, como intimidad, la libertad personal, el secreto de comunicaciones, el derecho al honor y a la propia imagen, la intimidad informática, personal y familiar; 2) tales derechos tienen un espacio de ejercicio en el ámbito de la empresa, pero que pueden quedarse comprometidos, y deben ser tutelados, tanto la intimidad personal como sus manifestaciones más amplias (comportamientos, aficiones, hábitos, costumbres etc.), sobre todo en la medida que sean irrelevantes para el trabajo; 3) el uso de la buena fe en la actividad de control, exige un conocimiento previo por parte de los trabajadores sobre su existencia, naturaleza, el tipo de control, el uso de la información obtenida, su accesibilidad, la combinación o cruce posible con otras informaciones, etc.); 4) el conocimiento o información debe ser extensivo a los representantes de los trabajadores, por así requerirlo el apartado 1, 4º d) del Art. 64 ET; 5) la necesidad de cautela en el consentimiento del trabajador, una vez que podrá enmascare una renuncia de derecho fundamental; 6) la necesidad de introducción de mecanismos de garantía frente al uso incorrecto de la información obtenida (la destrucción o inutilización, la prohibición de cruzar la información con otras" (GONZÁLEZ ORTEGA, S. La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Coord.: Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta). Albacete: Bomarzo, 2004, p. 41-3).

23 GTA29 (2002): Documento de trabalho relativo à vigilância das comunicações eletrônicas no lugar de trabalho (in: COLÁS NEILA, E. Elementos para la construcción de una teoría sobre el uso y control del correo electrónico corporativo. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Manuel Ramón Alarcón Caracuel; Ricardo Esteban Legarreta, coordinadores). Madrid-ES: Bomarzo, 2004, p. 202).

direitos fundamentais garantidos pela Constituição, afastando limitações desproporcionais e desnecessárias.

Nas relações de trabalho podem colidir direitos fundamentais dos trabalhadores e dos empregadores, e nesse caso, um direito prevalecerá sobre o outro, ou prevalecerão ambos, mitigados. Nas atividades de controle destinadas à monitoração do conteúdo das mensagens eletrônicas ou dos sítios *web* visitados pelo trabalhador, colidem os direitos fundamentais do empresário – liberdade de empresa -, e dos trabalhadores – segredo das comunicações e privacidade. No exercício do *jus variandi*, o empregador pode dirigir a sua atividade, fixar normas de procedimento que os trabalhadores devem cumprir, adotar medidas de vigilância para o cumprimento das obrigações laborais, condutas que, em dado momento, podem se chocar com os direitos fundamentais dos trabalhadores de segredo das comunicações e privacidade, e atingir atributos da personalidade.

A Constituição Federal expressa os fundamentos da República (art. 1º, III e IV), e tem como princípios fundantes a “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, a prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II), o trabalho como direito social fundamental (art. 6º), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III), o trabalho como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*) e a busca do pleno emprego (art. 170, VI). Consagra, portanto, direitos de todos, dos empresários e também dos trabalhadores. Assim, o controle informático, exercício de forma indiscriminada, é juridicamente inviável, por ferir direito fundamental do trabalhador. A comunicação por meio da rede em nada difere de outros meios de comunicação tradicionais, e assim, o conhecimento patronal da mensagem não será considerado legítimo.²⁴ Todavia, não se pode falar em impossibilidade absoluta de controle, em todos os casos, uma vez que ao empresário também é assegurado o direito de liberdade de empresa, de condução da sua atividade econômica

24 Segundo FALGUERA BARÓ “los aspectos de la comunicación vinculados con la esfera de la privacidad, si bien su lógica inherente y su soporte constitucional – como a continuación se verá – son diversos. Por ejemplificar lo que estamos afirmando: nada impide hoy al empleador controlar las llamadas telefónicas que se hagan desde el centro de trabajo. Otra cosa es que ello no comporta la interceptación y el conocimiento de las mismas” (FALGUERA BARÓ, M. Á. Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines no productivos. *Derecho social y nuevas tecnologías*. Cuadernos de Derecho Judicial XV - 2004 (Ma. Del Mar Serna Calvo – Directora). Madrid: La Rey, 2005, p. 279-319).

(CLT, art. 2º).²⁵ O controle das navegações de internet e das mensagens eletrônicas do trabalhador pode se justificar, em casos extremos, quando houver suspeitas da existência de condutas que representam um prejuízo para o sistema, aos demais trabalhadores ou a atividade produtiva.²⁶ Na verificação da legitimidade do acesso do empregador às navegações de internet e ao correio eletrônico profissional e/ou pessoal do trabalhador, há que se analisar se o trabalhador teve ciência da possibilidade de controle, bem como o grau de intensidade da intromissão, diante da restrição imposta pelo direito fundamental ao segredo das comunicações e privacidade.²⁷

O controle será tolerado, em caráter excepcional, quando o trabalhador está ciente de que o uso do instrumento de trabalho (o computador) é para fins exclusivos de trabalho e, que em determinadas hipóteses o empregador poderá efetuar o controle para verificar eventual conduta ilícita e/ou abusiva, como a utilização dos instrumentos informáticos para prática de atos que configurem assédio moral e/ou sexual, espionagem industrial, remessa de mensagens com conteúdo pornográfico.²⁸ Nas relações de trabalho é assente o princípio geral proibitivo de controle dos arquivos informáticos, exceto em raríssimos

25 Sobre esse tema, expressa VALDES DAL-RE que “La libertad de empresa se proyecta en el contrato de trabajo a través de facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario, señaladamente los poderes de ordenación y especificación de las prestaciones laborales, de adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado, de establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laborales, dictando órdenes e instrucciones dotadas de una eficacia real para el trabajador, de vigilancia e control de la ejecución del trabajo y de imposición de sanciones por las faltas e incumplimientos contractuales del trabajador” (VALDES DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. *Relaciones laborales*, n. 18, 2003, p. 16).

26 A doutrina espanhola entende que “La existencia de un espacio virtual de intimidad, o si se prefiere el derecho a una relativa opacidad de las informaciones que genera el trabajador, exige que la actividad de control empresarial sobre tales espacios se ajuste al principio fundamental de proporcionalidad de la medida. En particular, debe exigirse que se opte por controles funcionales y generales siempre que sean suficientes para satisfacer el interés empresarial. Consecuentemente, el acceso directo e individualizado a archivos personales de datos de navegación de los trabajadores queda limitado para los supuestos en los que constituya la *extrema ratio* para la protección del interés del empresario” (FONS, diciembre, 2002, p. 180).

27 Ainda, se se pretende exercer um controle geral valendo-se do registro das operações realizadas em conexão com o servidor, deverá informar-se aos representantes dos trabalhadores. Igualmente, a informação obtida estará sujeita aos princípios gerais do direito vigente. FONS. D. M. El control empresarial ... p. 202/204.

28 Na STS de 11 de fevereiro de 2003, discute-se a legitimidade da demissão de um trabalhador que teria enviado um e-mail a um grupo de trabalhadores de conteúdo pornográfico. O Tribunal aborda duas questões: 1) se a remissão do e-mail fere a esfera de proteção do direito à liberdade de expressão; se foi abusivo ou não, sendo necessário identificar uma vítima concreta real ou potencial; b) as dificuldades de prova desse tipo de conduta. O fato de o trabalhador centrar sua defesa em negar a autoria da conduta imputada, levou o Tribunal a valorar exclusivamente a procedência ou improcedência da demissão.

casos, como, por exemplo, quando houver fortes suspeitas de que o trabalhador introduziu no computador aplicações informáticas sem a licença comercial (piratas), arquivos que contêm criações protegidas pelos direitos autorais (exemplo paradigmático são os arquivos MP3). Os arquivos, cujo conteúdo, é em si mesmo ilícito, dos quais pode nascer uma responsabilidade empresarial, são passíveis de revisão pelo empregador.²⁹

Certamente, não seria lógico negar ao empregador, em todos os casos, o acesso ao correio eletrônico do trabalhador contido em computadores de sua propriedade e verificações das navegações do trabalhador. Porém, pelo princípio de proporcionalidade, toda intromissão exige a demonstração de motivo justificado, uma finalidade explícita e determinada, ou seja, exige-se a concorrência dos seguintes pressupostos: a) necessidade de um propósito especificado, explícito e legítimo; b) que a supervisão decorra de uma resposta proporcionada por um padrão de risco; c) que tenha a mínima repercussão sobre os direitos fundamentais do trabalhador afetado.³⁰

A desigualdade das partes, marcada pela subordinação do trabalhador ao tomador de seus serviços exige, muitas vezes, a análise do direito fundamental em conflito, segundo juízo de ponderação. Em todo caso, a limitação dos direitos fundamentais deverá estar estritamente justificada e ter caráter excepcional. O uso do correio eletrônico para execução do contrato oferece uma expectativa de confidencialidade, porém não de forma absoluta, porque pode surgir a necessidade de acesso por motivos também de segurança e manutenção do sistema.³¹ Na verificação da legitimidade do controle empresarial, será preciso observar se o empregador tinha condições de adotar controles indiretos sobre a navegação, pois são capazes de satisfazer ao interesse empresarial. O controle da atividade do trabalhador exige um interesse relevante, pelo tempo estritamente necessário para ao fim buscado, e limitar-se a uma

29 Neste sentido, “Puede decirse que la facultad de revisión de los archivos señalados como personales por el trabajador será coextensa con la eventual responsabilidad que para el empresario pudieran derivar de la existencia de los citados archivos en los ordenadores de la empresa (culpa *in vigilando*)”. Cabrá también admitir el acceso a los ficheros o carpetas señaladas como personales en aquellos supuestos en que exista indicios razonables acerca del registro no permitido de informaciones relativas a la empresa o de datos de carácter personal relativos a otros trabajadores o de terceras personas. (MARTÍNEZ F. D. El control empresarial ..., p. 210).

30 SJS 16, de Barcelona, de 16 septiembre 2002 (*apud*, MARTÍNEZ FONTS, D. El control empresarial ..., p. 225/226).

31 COLÀS NEILA, E. Elementos para la construcción de una teoría sobre el uso y control del correo electrónico corporativo. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Manuel Ramón Alarcón Caracuel; Ricardo Esteban Legarreta, coordinadores). Madrid: Bomarzo, 2004, p. 189/190.

"O Tribunal Constitucional da Espanha entende que o controle informático sobre as mensagens registradas no computador ou servidor da empresa será possível quando na limitação do direito fundamental de intimidade concorra a justificação e proporcionalidade suficiente."

finalidade; não deve haver outra medida menos gravosa que permita obter os mesmos resultados.³² Assim, no caso de proibir o trabalhador de acessar certos sítios *web*, poderá adotar filtros que impeçam visitas às páginas ou lugares não autorizados ou relacionados com aqueles não autorizados. Caso considere necessário o controle da navegação, poderá realizar um levantamento estatístico relativo à generalidade dos trabalhadores em relação ao tempo de conexão aos sítios ou páginas mais visitados. O controle preventivo em forma de filtro ou *ex post* ou através de estatísticas de uso geral, e a informação prévia de adoção desses mecanismos de controle aos trabalhadores e seus representantes sindicais, são algumas medidas que podem isentar e/ou amenizar eventuais responsabilidades do empregador.³³

O Tribunal Constitucional da Espanha entende que o controle informático sobre as mensagens registradas no computador ou servidor da empresa será possível quando na limitação do direito fundamental de intimidade concorra a justificação e proporcionalidade suficiente. O princípio de proporcionalidade permite constatar se o ato praticado pelo empresário implicou lesão ou redução de um direito fundamental do trabalhador, se não transpassou o limite do razoável, se foi necessário para lograr o fim pretendido e se foi proporcional o sacrifício do direito de um titular e o bem tutelado do outro. Esse juízo permite verificar se a medida imposta é ponderada e equilibrada, por derivar de mais benefícios ou vantagens para um interesse tutelado em detrimento de um outro interesse, igualmente relevante. A medida restritiva de direitos deve estar justificada, pois não se admite sua adoção por motivos subjetivos e arbitrários.³⁴ Na Sentença n. 98/2000, de 10 de abril, o Tribunal Constitucional da Espanha afirmou que todo recorte nos direitos fundamentais deve ser "necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho".³⁵

32 ROIG BATALLA, A. *El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales*. In: *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa* (Antoni Roig Batalla – coordinador). Valencia-ES: Tirant lo Banch, 2007, p. 70.

33 MARTÍNEZ F. D. *El control empresarial ...*, p. 218-219.

34 A STC 37/1998, de 17 fevereiro, contempla o princípio de proporcionalidade de toda medida restritiva de direitos fundamentais: ha de ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

35 Neste sentido, a sentença do TC 97/1997, de 6 de maio, afirma que os direitos fundamentais do trabalhador "únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización, que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos. La sentencia 99/1994, de 11 de abril, sobre el conocido caso del "despiezador de jamones", se aplica el llamado principio de indispensabilidad o de estricta necesidad de la limitación, en virtud del cual el equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito subsistente de su libertad constitucional ha de producirse "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva".

O uso das novas tecnologias da empresa pelos trabalhadores sempre terá as limitações inevitáveis que derivam da propriedade empresarial das mesmas. Assim, é necessário fazer uma ponderação dos valores em conflito, de maneira objetiva, pois em sua condição de cidadão político, o trabalhador tem direitos fundamentais, que podem ser exercidos em todos os lugares, especialmente, nas relações de trabalho. Contudo, tais direitos podem ser relativizados ou limitados, conforme as circunstâncias de tempo e lugar. O empresário tem liberdade para exercer o controle sobre as atividades de seus trabalhadores, porém em se tratando de navegação pela internet e correio eletrônico os meios de controles somente se justificam se houver suspeitas razoáveis de graves irregularidades por parte do trabalhador ou outro motivo igualmente relevante. Além disso, a medida utilizada deverá ser idônea à finalidade pretendida pela empresa, que é a comprovação do fim buscado, além de ser necessária e equilibrada.³⁶

O empregador poderá recolher informações úteis para otimizar a sua atividade, porém não deverá invadir a esfera pessoal do trabalhador. A atuação empresarial destinada à aquisição de certos conhecimentos relacionados a aspectos da vida pessoal do trabalhador encontra limites no direito fundamental de privacidade.³⁷ Portanto, o poder empresarial de controle não é absoluto, pois encontra circunscrito ao contrato de trabalho e deve respeitar a dignidade do trabalhador, concretada num conjunto de direitos fundamentais.³⁸ E, como o uso pessoal ou extraprofissional dos instrumentos informáticos da empresa é praticamente impossível de ser coibido, poderá o empregador estabelecer critérios para esse uso, por meio do contrato de trabalho ou regulamentos internos. A negociação coletiva pode também estabelecer critérios de uso das tecnologias da empresa pelos trabalhadores.³⁹

36 Martínez Fons advoga o entendimento que o desconhecimento por parte dos trabalhadores sobre a instalação de sistemas de controle significa, desde um plano geral, a vulneração do princípio de boa-fé no exercício dos poderes empresariais. Unicamente deveria admitir-se o controle oculto quando este é a *extrema ratio*, naqueles casos em que existe um interesse empresarial suficientemente justificado que somente pode satisfazer-se através do controle sem notificação prévia (MARTÍNEZ FONS, D. El control empresarial..., p. 196-7).

37 MARTÍNEZ FONS, D. Tratamiento y protección de datos..., p. 24/29.

38 ROIG BATALLA, A. El uso de internet en la empresa..., p. 53.

39 O acordo coletivo “Telefónica Telecomunicaciones Públicas, Sociedad Anónima” de 2001 regulou o uso do correio eletrônico pelos trabalhadores a partir de duas premissas: o legítimo direito da empresa de controlar o uso adequado das ferramentas e meios técnicos que põe a disposição do trabalhador para sua atividade, e por outra parte, deverá ser resguardado o direito à intimidade do trabalhador, destacando que “Esta regulación debe partir de dos premisas fundamentales: en primer lugar, el legítimo derecho de la empresa de controlar el uso adecuado de las herramientas y medios técnicos que pone a disposición del trabajador para realizar su actividad y, por otra parte, debe salvaguardarse el derecho a la intimidad del mismo”. SÁNCHEZ TORRES, E. El ejercicio de la libertad de expresión..., p. 125.

6 Conclusão

O segredo de comunicações e privacidade são fundamentais de todo cidadão, são direitos de todos, e pressupostos para o exercício de outros direitos fundamentais, como a proteção de dados pessoais e liberdade de expressão e informação. São direitos que têm como norma concreta de desenvolvimento a personalidade, cuja função é proteger a honra, a intimidade pessoal, familiar e a imagem. A garantia constitucional de segredo das comunicações, do qual decorre a privacidade, impede qualquer forma de ameaça à dignidade da pessoa do trabalhador quando é parte numa relação de trabalho. O controle empresarial realizado mediante recurso às novas tecnologias não pode abolir as diferenças entre a esfera profissional e pessoal do trabalhador, sob pena de atingir aspectos sensíveis da intimidade. As facilidades de acesso ao conteúdo da memória do computador, às navegações de internet e à mensagem do correio eletrônico, fazem com que os direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade estejam em constante ameaça e perigo de lesão. A adoção de sistemas de vigilância e controle da atividade dos trabalhadores que utilizam, por seu trabalho, as novas tecnologias, não poderá ser justificada somente em função da titularidade que possui o empresário sobre os equipamentos informáticos, no interesse em manter a segurança da empresa, na pretensão de afastar a perda de tempo útil de trabalho pelo uso privado do correio eletrônico ou internet, ou, ainda, pela necessidade de melhorar a produtividade. As ferramentas informáticas não são meros instrumentos de produção a serviço dos interesses da empresa. Por isso, para afastar a insegurança do empresário quanto a legitimidade das atividades de controle e, do trabalhador, quanto aos limites de uso das ferramentas informáticas da empresa, é importante a fixação de regras claras e de instruções sobre o uso profissional e privado dessas ferramentas, com expressa previsão de que em certas condições o acesso às navegações e ao conteúdo das mensagens será possível. Assim, uma regulação minuciosa pelo contrato individual e/ou coletivo de trabalho ou regulamento de empresa se mostra muito apropriada.

A proteção conferida pelas disposições constitucionais aos direitos fundamentais se estende às relações de trabalho, e segue sendo necessária neste mundo novo, centrado nas tecnologias da informação, da comunicação e do conhecimento, que reduz custos, aumenta a produtividade e consolida os lucros.

Refêrências bibliográficas

ARANDA, J. T. *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. 2ª edición. Consejo Económico Y Social: Madrid, 2001.

CAMAS RODA, F. La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Coord.: Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta). Albacete: Editorial Bomarzo, 2004.

CASTELIS, Manuel. *A galáxia internet* (traduzido por Rita Espanha; coordenadores: José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso). Lisboa: Fundação calouste Gulbenkian, 2004.

COLÀS NEILA, E. Elementos para la construcción de una teoría sobre el uso y control del correo electrónico corporativo. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Manuel Ramón Alarcón Caracuel; Ricardo Esteban Legarreta, coordinadores). Madrid: Bomarzo, 2004.

GOÑI SEIN, J. L. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Manuel Ramón Alarcón Caracuel; Ricardo Esteban Legarreta, coordinadores). Madrid: Bomarzo, 2004.

FALGUERA BARÓ, M. Á. Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines no productivos. *Derecho social y nuevas tecnologías*. Cuadernos de Derecho Judicial XV - 2004 (Ma. Del Mar Serna Calvo – Directora). Madrid: La Ley, 2005.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (Coord.: Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta). Albacete: Bomarzo, 2004.

LÓPEZ PARADA, R. A. Informática, productividad y salud laboral. *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*,

2004 (Manuel Ramón Alarcón Caracuel; Ricardo Esteban Legarreta, coordinadores). Madrid: Bomarzo, 2004.

MARTÍNEZ FONS, D. El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa. *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, 2005.

_____. Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. *Derecho Social y nuevas tecnologías*. Cuadernos de Derecho Judicial XV - 2004 (Ma. Del Mar Serna Calvo – Directora). Madrid. La Ley, 2005.

MUÑOZ LORENTE, J. Los límites penales en el uso del correo electrónico e internet en la empresa. In: el uso laboral y sindical del correo electrónico en la empresa. Antoni Roig Batalla, coordinador. Valencia: Tirant lo Blanc, 2007, p. 156/157.

REDINHA, Maria Regina Gomes. *O teletrabalho*. II Congresso nacional de direito do trabalho (coordinador: António Moreira). Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ROIGBATALLA, A. El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales. In: El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa (Antoni Roig Batalla – coordinador). Valencia-ES: Tirant lo Banch, 2007, p. 67.

RUBERT CARDONA M. B. *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1999.

SÁNCHEZ TORRES, E. El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías. *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Madrid: La Ley, 2005.

VALDES DAL-RÉ, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. *Relaciones laborales*, n. 18, 2003.

Sítios de internet:

<http://nuevo.westlaw.es>

<http://www.tribunalconstitucional.es>

Artigos

O Direito a Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de e-mails por parte do Empregador

Leda Maria Messias Da Silva

Pós-doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal, Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito do Trabalho, pela PUC-SP; Docente da Graduação e do Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR; Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá-UEM; Pertenceu, ainda, por cerca de oito anos, ao Comitê Permanente de Ética em Pesquisa em Seres Humanos do Cesumar (COPEC).

Laert Mantovani Jr.

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá-CESUMAR; Docente no Centro Universitário de Maringá -CESUMAR.

RESUMO: Este artigo, elaborado em certo grau de proficiência, tem a pretensão de apresentar subsídios sobre matéria tão conflitante, ou seja, o relacionamento entre empregador e empregado, compreendendo direitos e obrigações de cada uma das partes envolvidas, versando, portanto, sobre o direito à intimidade do empregado e o exercício do poder diretivo do empregador, em um único objetivo: traçar uma rota capaz de indicar um caminho menos tortuoso, baseando-se na sapiência daqueles que, exaustivamente, vêm se debruçando sobre o problema. Se é evidente que existe todo um sistema protetivo ao trabalhador, não menos certo é o poder diretivo do empregador, no intuito de proteger seus interesses, que também não pode ser vistos como ilimitados. Sob esse prisma serão analisadas as possibilidades de monitoramento de e-mails como manifestação do poder diretivo do empregador e os limites a ele imposto em razão dos direitos da personalidade do empregado, verificando, inclusive, o tratamento que os Tribunais vêm dispensando ao assunto. Por fim, algumas notas explicativas ponderando sobre possíveis diretrizes na composição dos conflitos, envolvendo o direito fundamental do empregado e o poder diretivo do empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Intimidade; Monitoramento de E-mails; Poder diretivo.

THE INTIMACY'S RIGHT OF THE EMPLOYEE AND THE E-MAILS MONITORING POSSIBILITY BY THE EMPLOYER

ABSTRACT: This article, prepared in some degree of proficiency, have the desire to make allowances on such conflicting subject, the relationship between employer and employee, including rights and obligations of each party involved, relevant therefore, on the employee's right to privacy and the exercise of managerial power of the employer, on a single goal: to draw a capable route of indicating a less tortuous path, relying on the wisdom of those who, thoroughly, have been studying the problem. If it is clear that there is an entire system to the protective worker, nor less certain is the steering power of the employer, in order to protect its interests, which can

not be seen as unlimited. There will be considered in this light the possibility of tracking e-mails as a manifestation of the employer steering power and the imposed limits on account of the employee's personality rights, even noting the treatment that the courts have dispensed to the subject. Finally, some notes on possible guidelines, considering the conflicts composition of the involving fundamental right of the employee and the employer's directive.

KEY WORDS: Intimate; Mail Tracking; Power Steering.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL EMPLEADO Y LA POSIBILIDAD DE MONITORIZACIÓN DE CORREOS ELECTRÓNICOS POR PARTE DEL EMPLEADOR

RESUMEN: Este artículo, elaborado con un determinado grado de suficiencia, pretende presentar subsidios sobre materia tan discutida, o sea, el relacionamiento entre empleado y empleador, comprendiendo derechos y obligaciones de cada una de las partes que se envuelven en el proceso, tratando, así, sobre el derecho a la intimidad del empleado y el ejercicio del poder directivo del empleador, en un único objetivo: trazar una ruta que sea capaz de indicar un camino más eficaz, basándose en la sabiduría de aquellos que, exhaustivamente, vienen estudiando el problema. Si es evidente que existe todo un sistema protector del trabajador, no menos cierto es el poder directivo del empleador, con vistas a proteger sus intereses, que también no pueden ser considerados ilimitados. Desde esa perspectiva, serán analizadas las posibilidades de monitorizar correos electrónicos como manifestación del poder directivo del empleador y los límites que se le imponen a él debido a los derechos de personalidad del empleado, verificando, incluso, el tratamiento que los tribunales le confieren. Al fin, algunas notas explicativas sobre posibles directrices en la composición de los conflictos, envolviendo el derecho fundamental del empleado y el poder directivo del empleador.

PALABRAS-CLAVE: Intimidad; Monitorización de correos electrónicos; Poder directivo.

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias provocaram profundas alterações nos meios de produção e, conseqüentemente, nas relações de trabalho. As empresas intensificam sua produção e buscam uma melhor qualidade de seus produtos para enfrentar a competitividade cada vez mais acirrada deste mundo globalizado.

Para que o empregador possa assegurar o bom desenvolvimento das atividades empresariais, é conferido a ele o poder diretivo, que tem fundamento na Constituição Federal, quando consagra a livre iniciativa e a propriedade privada.

Nesse contexto, o trabalhador, que coloca sua força de trabalho à disposição do empregador, que desempenha papel de fundamental importância no processo de desenvolvimento do Estado e da iniciativa privada, vê-se em situação de perigo iminente, sofrendo graves violações em seus direitos de personalidade.

O presente artigo objetiva a analisar os aspectos relevantes que devem ser observados pelo empregador no exercício do poder de direção da empresa, a fim de prevenir a violação dos direitos de personalidade dos empregados.

2 DEFINIÇÃO E CONTEÚDO DO DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR

O direito à intimidade e à vida privada tem por finalidade proteger o ser humano na sua individualidade, no direito que possui de ser preservado da curiosidade alheia. Contudo, estas expressões possuem campo de proteção distinto, fazendo ambas parte de um conceito maior, que é o de direito da privacidade.

Heinrich Henkel desenvolveu a teoria dos círculos concêntricos para explicar a esfera da vida privada que, no Brasil, foi divulgada inicialmente por Paulo José da Costa Jr¹. Segundo a teoria, a esfera privada, entendida em seu sentido amplo, encerra três círculos concêntricos, ou seja, camadas dentro de camadas, a saber: o círculo da vida privada em sentido restrito,

1 “Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada stricto sensu (Privatsphäre). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Aham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição. No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (Privatsphäre e) ou esfera confidencial (Vertraulichkeitssphäre). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais os indivíduos deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o quivis ex populo, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo. Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (Geheimsphäre). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa” (COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo, SP: RT, 2007. p. 29-31).

que contempla o círculo da intimidade no qual estaria inserido o círculo do segredo.²

Tércio Sampaio Ferraz esclarece que, enquanto a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, a privacidade “envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situação em que a comunicação é inevitável”.³

A determinação de qual campo pertencente à vida privada e à intimidade revela importância prática uma vez que maior deve ser a proteção a estes direitos fundamentais quanto menor for a sua esfera.⁴

Para Arion Sayão Romita, “a esfera da intimidade é a interior, a de raio menor: envolve, como vimos, os aspectos mais recônditos da vida do trabalhador, aqueles que deseja guardar só pra si, isolando-os da intromissão do empregador. Já a esfera da vida privada é mais ampla, sobrepõe-se à intimidade, tem raio maior do que a primeira: nela se encaixam os aspectos que dizem respeito à privacidade do trabalhador. Por privacidade, neste contexto, deve entender-se a faculdade assegurada ao empregado de excluir o acesso a informações, capazes de afetar sua sensibilidade”.⁵

Ao analisar a intimidade na seara das relações de trabalho, João

2 “A teoria dos círculos concêntricos fecharia o sistema ao estabelecer a existência de três círculos, sendo que o exterior, de maior diâmetro, abarcaria o direito à privacidade, a que os alemães chamam de *privatsphäre* (sem sentido restrito) ou ainda *intimsphäre*, correspondente à *privatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos. O segundo círculo corresponderia à esfera da confiança, crédito ou fidejussão, a que os juristas alemães denominam *Vertraulichkeitssphäre*, e, finalmente, o terceiro e último círculo do segredo (*geheimisphäre* ou *vertraulichkeitssphäre*), correspondente à *riservatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos, círculo onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito”. (CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 54).

3 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.1, p. 79.

4 José Afonso, ao interpretar o sentido da norma constitucional, no que tange a tutela à vida privada prescreve que: “Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direitos de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1994. p. 204).

5 ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2. ed. rev. e aum. São Paulo, SP: LTr, 2007. p. 279.

de Lima Teixeira Filho afirma que a intimidade não se restringe apenas ao domicílio da pessoa mas, também, ao ambiente de trabalho, inclusive tendo direito a uma reparação de danos morais o trabalhador, caso o empregador propague fatos ou ações da intimidade do empregado sem seu consentimento.⁶

Quanto à vida privada na seara do trabalho, Alice Monteiro de Barros ensina que:

Assim, embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos direitos da personalidade consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.⁷

De fato, os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do trabalhador, deverão ser respeitados em qualquer situação, uma vez que são inerentes à pessoa, não podendo o empregador, em razão do contrato de trabalho celebrado, ignorar a existência desses preceitos constitucionais.

Ricardo de Paula Alves estabelece uma distinção entre direito à vida privada e vida pessoal do empregado, abrangendo, este último, atos do trabalhador que, “em princípio, não estão incluídos no campo contratual da subordinação. (e.x. compras efetuadas pelo empregado, participação em manifestações da vida associativa, modo de se vestir, etc.)”.⁸

Leda Maria Messias da Silva, ao diferenciar a intimidade da vida privada do empregado, ensina:

[...] o direito à intimidade abrange fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua própria

6 SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de direito do trabalho. 18. ed. atual. São Paulo, SP: LTr, 1999. p. 649.

7 BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo, SP: LTr, 1997. p. 32.

8 PAULA ALVES, Ricardo de. Direito à privacidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JR., Antonio Jorge (Coord.). Vida pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005. p. 373.

família pode desconhecer, como por exemplo, suas preferências sexuais, hábitos, vícios, dentre outros, enquanto o que diz respeito à vida privada, já abrange suas relações familiares e com terceiros, como interferir em empréstimos feito junto aos seus familiares ou obter informações sobre o saldo bancário do empregado.⁹

A legislação pátria prevê algumas proibições, no sentido de proteger a vida privada do trabalhador. A Lei n.9.029/95 veda a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho (art. 1º). No mesmo sentido, a Lei n. 9.263/96 proíbe ao empregador que exija do empregado atestado de esterilização ou gravidez, se empregada, para quaisquer fins (art. 13).

Embora o direito à vida privada do trabalhador seja direito fundamental, componente da dignidade humana, não pode ser entendido como absoluto, como também não o é os demais direitos fundamentais, havendo situações em que o empregador poderá adentrar nessa seara.

É o caso, por exemplo, dos empregados que trabalham em regime de sobreaviso, disciplinado pelo artigo 244, par. 2º., da CLT, que permite ao empregador chamá-lo, a qualquer momento, para o serviço. A Lei no 9.615/98, que disciplina o atleta profissional, permite ao empregador que submeta o empregado a regime de concentração, privando-o do seu convívio familiar; o artigo 508 da CLT permite ao empregador exigir de seus empregados que não possuam dívidas pessoais, sob pena de rescisão do contrato de trabalho.

Assim, em determinadas profissões ou situações é perfeitamente possível a restrição ao direito à privacidade do empregado, sendo permitido, inclusive, ao empregador, a rescisão por justa causa em decorrência de atos praticados por ele fora do local e horário de trabalho, como o que prescreve as alíneas “f”, “l” e “k” do artigo 482 da CLT.¹⁰

9 SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador. Abrangência e limitações. Revista Jurídica Cesumar – mestrado, Maringá, v. 5, n. 1, p. 115-130, 2005. p. 123.

10 Art. 482. “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] f) embriaguez habitual ou em serviço; [...] l) prática constante de jogos de azar; [...] k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”. 11 SUSSEKIND, op cit., p. 655.

Mas, como bem adverte João de Lima Teixeira Filho,

[...] se o empregador invadir a vida privada do empregado, a CLT o autoriza (art. 483) a considerar rescindido o contrato, por falta patronal, e a pleitear o ressarcimento devido (dano material) sempre que lhe forem exigidos serviços alheios ao contrato (alínea a), produzidas ranhuras na honra ou na boa fama sua ou de seus familiares (alínea e), ou constatadas ingerências na livre deliberação pessoal da empregada sobre o seu estado civil ou de gravidez (art. 391 da CLT). Além da reparação material, isto é, do recebimento dos consectários trabalhistas da rescisão, terá o empregado, nestes casos, direito à indenização pelo dano moral.¹¹

Vê-se, portanto, que a invasão à privacidade do empregado caracteriza falta grave cometida pelo empregador, ensejando a possibilidade da imediata ruptura do contrato de trabalho e a devida reparação pelo dano moral sofrido.

3 O PODER DIRETIVO

Ao longo do século XVIII, o modelo de poder utilizado nos ambientes de trabalho era baseado na vigilância, no controle, na padronização das condutas e na disciplina das atividades desenvolvidas pelos empregados visando, segundo relata Marilis de Castro Muller, “concentrar as forças de produção, tirando delas o máximo de proveito (em termos de utilidade), coibindo os inconvenientes (roubos, dispersões, agitações), protegendo as ferramentas e dominando as forças de trabalho”.¹² Referida conduta nas relações de trabalho se confundia com o próprio modelo de Estado existente à época, qual seja, o Estado absolutista, em que o monarca dominava, implacavelmente, todos que se encontravam sobre o seu poder.

Com o advento dos movimentos que deram origem ao Estado Liberal, o modelo de poder, até então puramente coercitivo, passa a ser vislumbrado de forma racional, de acordo com as idéias democráticas

11 SUSSEKIND, op cit., p. 655.

12 MÜLLER, Marilins de Castro. A patologização do poder nas relações de trabalho. In: ROCHA POMBO, Sergio Luiz da; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo Gunther (Coords.). *Direito do Trabalho: reflexões atuais*. Curitiba, PR: Juruá, 2007. p. 396.

defendidas pelo novo modelo político do Estado, o que contribuiu, também, para a democratização das relações entre empregado e empregador.¹³

Esta proposta de evolução da concepção de poder nas relações de trabalho não se fez de forma pacífica e, muito menos, está totalmente assimilada pelos empregadores, que não se sentem seguros ou até mesmo detentores do comando das atividades desenvolvidas no ambiente de trabalho, se não for utilizando-se de meios coercitivos e até mesmo abusivos na condução de suas atividades. A busca pelo poder absoluto, autoritário, faz com que direitos dos trabalhadores sejam brutalmente dizimados.

Leda Maria Messias da Silva destaca algumas das teorias que fundamentam o poder diretivo do empregador:

A TEORIA DA PROPRIEDADE PRIVADA, que prega que o empregador manda porque é o dono do empreendimento (atualmente ultrapassada);

A TEORIA DO INTERESSE, segundo a qual o poder de direção resulta do interesse do empregador em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera, objetivando atingir os fins propostos para o seu empreendimento;

A TEORIA INSTITUCIONALISTA, que concebe a empresa como uma instituição, o que autoriza o empregador a proceder como se estivesse governando;

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. É a predominante.¹⁴

Sandra Lia Simon salienta que as teorias justificam o poder de direção sob aspectos diferentes: “a contratualista indica a procedência do poder (contrato); a institucionalista identifica um dos motivos justificadores

13 MÜLLER, op cit., p. 398-399.

14 SILVA, Leda Maria Messias da. Poder Diretivo do Empregador, Emprego Decente e Direitos da Personalidade. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 6, n. 1, p. 266-281, 2006. p. 271.

do poder (necessidade); e a da propriedade revela o exercente do poder (detentor dos meios de produção)".¹⁵

De fato, com a celebração do contrato de trabalho, passam as partes a estabelecerem um vínculo, em que ao empregador, de forma geral, cabe a função de disponibilizar os meios de produção, dirigir a atividade da empresa e assumir os riscos da atividade e remunerar o trabalhador que, em contrapartida, caberá disponibilizar sua força de trabalho, que fica sob comando do empregador.

O Poder Diretivo, portanto, nada mais é do que a possibilidade do empregador dirigir pessoalmente o serviço realizado por seus empregados.¹⁶ Permite-o comandar e controlar todos os aspectos do desenvolvimento da atividade por ele desenvolvida. Tal poder também decorre do princípio de assunção dos riscos do empreendimento que recai sobre ele.

São manifestações desse poder a possibilidade que tem o empregador de impor sanções disciplinares a seus empregados, como a advertência ou a suspensão das atividades laborais; o poder de organização e o poder de controle, entendido como o que possibilita a fiscalização das atividades desenvolvidas por ele.¹⁷

Sérgio Pinto Martins desmembra o poder de direção em três, quais sejam: a) o poder de organização, que decorre do direito de propriedade e que possibilita ao empregador toda a organização de seu empreendimento como, por exemplo, a atividade que desenvolverá, a constituição jurídica da empresa e o número de funcionários a serem contratados; b) o poder de controle, donde nasce a possibilidade de fiscalização das atividades desenvolvidas por seus empregados permitindo, por exemplo, o monitoramento da atividade por ele desenvolvida; c) o poder disciplinar, que permite a aplicação de penalidades disciplinares aos funcionários, desde que nos limites da lei.

15 A autora também assevera que todas são passíveis de críticas. "A teoria contratualista reconhece o poder diretivo apenas pelo seu aspecto formal. Além de a margem de "negociação" das cláusulas ser pequena, esta é a forma costumeiramente utilizada, no mundo ocidental, para o exercício do trabalho, o que não serve, por si só, para fundamentar o poder diretivo. A teoria da instituição apenas justifica uma determinada situação (autoritária) de poder, mas deixa de explicá-la, ignorando a existência da "liberdade", que, como já visto, é uma característica fundamental da relação de emprego. Quanto à teoria da propriedade privada, Magano adverte para a existência, bastante freqüente nos dias de hoje, de empresas onde a propriedade está dissociada do controle (em algumas nem sequer é possível identificar claramente a pessoa do "dono"), de modo que, para esse autor, o real fundamento do poder diretivo não está na propriedade, mas no controle". (SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. São Paulo, SP: LTr, 2008. p. 46.)

16 SILVA, Leda, op cit., 2005, p. 117.

17 Idem, p. 120.

Quanto à natureza jurídica do poder diretivo, existem duas correntes majoritárias no direito brasileiro, uma entende ser um poder potestativo e, outra, como direito-função.¹⁸

Octávio Bueno Magano entende que o poder diretivo do empregador deve ser entendido como direito-função e não potestativo, ou seja, “direito de ser exercido pelo empregador, não no seu interesse exclusivo, mas tendo em vista também o interesse da comunidade dos empregados”¹⁹. Assim, os interesses da empresa não se confundem apenas com os interesses do empresário, mas, também, com os do trabalhador e do próprio Estado. Conclui o autor que “pela realização desse interesse é que deve pautar o poder diretivo. Quando ele se desvia, torna-se abusivo”.²⁰

No mesmo sentido, Sandra Lia Simon defende que a natureza jurídica do poder de direção do empregador é a de verdadeiro direito-função, em que o exercício deste direito não se pauta exclusivamente nos interesses do empregador, mas, também, nos interesses dos trabalhadores.

Assevera que o poder de mando deve atender aos interesses da empresa que, nas palavras da autora, “inserida em uma sociedade capitalista de massas, se torna fundamental para o funcionamento do próprio sistema e, conseqüentemente, para que os trabalhadores possam exercer, ainda que formalmente, a liberdade inerente a relação de emprego”.²¹

Mauricio Godinho Delgado²² utiliza-se do termo poder fiscalizatório, para tratar da possibilidade do empregador de acompanhar e vigiar a prestação do trabalho no espaço empresarial interno, sendo, então, uma manifestação do poder diretivo.

Marilins de Castro Muller entende que, em razão da natureza

18 “Para uns, trata-se de direito subjetivo stricto sensu, já que através dele um dos contratantes (o empregador) exige do outro (o empregado) o cumprimento da obrigação ajustada. Para outros, trata-se de direito potestativo, na medida em que um dos sujeitos (o empregador) influi na relação jurídica acarretando, no polo oposto, a sujeição passiva do outro (o empregado). Para outros mais, trata-se de direito-função, ou potestade, já que o empregador age no interesse da empresa-instituição, fonte autônoma de seu poder” (VIANA, Márcio Túlio. Direito da Resistência. São Paulo, SP: LTr, 1996. p.132).

19 MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo, SP: Saraiva, 1982. p. 30.

20 Idem, p. 230.

21 SIMÓN, op cit., p. 46.

22 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo, SP: Ltr, 2002. p. 634.

contratual do trabalho, não há que se falar em poder do empregador, “vez que há o estabelecimento de vontades de duas partes, detentoras de direitos e deveres umas sobre as outras”, sendo, portanto, o poder “intercambiável entre as partes”, razão pela qual admite existir um poder empregatício.²³

Arnaldo Süssekind afirma que o poder diretivo possa ser delegado pelo empregador a quem de confiança, numa legítima “cessão do poder de comando”.²⁴ Muito embora entendamos ser possível esta delegação, caso ocorra não retiraria do empregador a responsabilidade por eventuais abusos cometidos por quem a recebeu.

Assim, o poder diretivo é instrumento indispensável para que o empregador possa desenvolver suas atividades, podendo, em razão dele, como exemplo, contratar, demitir, estipular regulamentos internos, cobrar rendimento de seus funcionários, aplicar advertências e suspensões, demitir com ou sem justa causa de acordo com a legislação, fiscalizar o exercício do trabalho, tudo para que possa preservar o ambiente de trabalho e maximizar os resultados.

O poder diretivo, indispensável para que o empregador possa desenvolver suas atividades empresariais, possui fundamento tanto na Constituição Federal, quando consagra o princípio a livre iniciativa (artigo 1º, IV)²⁵, o da propriedade privada (artigo 5º, XXII)²⁶ e garante o livre exercício da atividade econômica (artigo 170, II e parágrafo único)²⁷, quanto no artigo 2º da CLT, pois, ao definir empregador, prescreve que a ele cabem os riscos da atividade desenvolvida.

23 MÜLLER, op cit., p. 400.

24 SUSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2004. p. 262.

25 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: [...]IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa[...].”

26 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:[...] XXII - é garantido o direito de propriedade[...].”

27 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:[...]II - propriedade privada[...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos8casos previstos em lei.”

Contudo, como veremos adiante, este poder de direção não é absoluto, como também não o são os direitos de personalidade, havendo limitações ao seu exercício.

4 MONITORAMENTO DE E-MAILS

A tecnologia do mundo moderno produziu mudanças significativas nas relações entre os Estados, contribuindo de forma decisiva para a quebra de barreiras entre os povos, sedimentando a idéia de mundo globalizado. Não menos importante é a mudança sofrida nas relações interpessoais, sociais e, indiscutivelmente, nas relações de trabalho.

A internet foi, sem dúvida, a grande propulsora dessas mudanças. As empresas passaram a utilizar-se dessa ferramenta, como forma eficiente de realizar e dinamizar suas atividades.

Compras, vendas, pedidos de mercadorias ou serviços, informações, reclamações, sugestões, são alguns poucos exemplos de atividades que passaram a ser feitos através dos correios eletrônicos pelas empresas que, com apenas um “click”, alcançam seus objetivos.

Ferramenta indispensável na sociedade moderna, contudo com ela também vieram alguns problemas até então inexistentes no âmbito das relações de trabalho.

Os empregadores possibilitaram a seus empregados o acesso à rede mundial – internet, no intuito de utilizarem este poderoso instrumento como ferramenta de trabalho, visando propiciar um trabalho com maior rapidez, presteza e qualidade no desenvolvimento da atividade econômica.

Sob o manto de seu poder diretivo, passaram então os empregadores a monitorar a utilização da internet e, principalmente, dos e-mails de seus empregados, com a finalidade de verificar se o tempo gasto na internet estava sendo utilizado para o trabalho ou para fins particulares e, mais ainda, se os e-mails recebidos ou enviados pelos trabalhadores

estavam de acordo com as orientações da empresa ou não.²⁸

Nas palavras de Leda Maria Messias da Silva:

É outra manifestação do poder de direção. E é no exercício desse poder que o empregador fiscaliza as atividades profissionais de seus empregados e, portanto, no exercício do poder de controle ou fiscalização, atribuído ao empregador face ao seu poder diretivo, que situamos o direito de fiscalizar ou monitorar o uso dos equipamentos de trabalho pelo empregado.²⁹

Ao constatar, então, que o empregado utilizava-se da internet e e-mails para fins particulares, acesso a sites pornográficos, envio de mensagens ofensivas, humorísticas ou pornográficas a outros funcionários e até mesmo a terceiros, levou muitos empregadores a demitirem seus funcionários por justa causa, com fundamento no artigo 482, alíneas “b” e “e” da CLT.³⁰

Neste contexto, urge verificar alguns problemas que necessitam de solução. O monitoramento não fere direitos fundamentais, como o do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas (art. 5º, inc. XII da CF/88) ou a intimidade e a vida privada do empregado (artigo 5º, inc. X da CF/88)? Esses direitos são absolutos ou relativos? Caso seja possível o monitoramento, seria ele limitado ou ilimitado?

28 “[...] se o problema diz respeito ao uso do computador para fins particulares, o exercício do controle patronal então estabelece uma lógica contraditória, na medida em que, para a separação das mensagens privadas dos profissionais, teria que se ter prévio acesso ao conteúdo das mesmas, o que dificulta uma delimitação precisa de até onde iria o poder do empregador, de “adentrar” a vida privada do empregado. O mesmo vale para o acesso às páginas da internet por meio do computador profissional – mediante do controle de acessos, das páginas visitadas, das compras efetuadas pode-se controlar a materialidade do trabalho e por vezes mesmo a própria pessoa do empregado. Portanto, entende ser difícil distinguir a verificação “própria do mundo do trabalho”, daquela violadora da intimidade do empregado, questão cuja complexidade pode ser ampliada a partir da análise dos tipos, do caráter que esta vigilância pode assumir. Sugere então – ao contrário da vedação ao monitoramento e da possibilidade de total controle – um critério intermediário, ao propor que deva ser definido um padrão razoável de vigilância a ser exercida pelo empregador. Diferenciando duas espécies de vigilância, a realizada para fins disciplinares (para verificar se o empregado cumpre as normas da empresa e a própria lei) e a realizada com intuito avaliativo (afecção da performance do empregado), faz notar que dizem respeito, tão-somente, à natureza e extensão de vigilância, não sendo capazes, per si, de estabelecer o limite de razoabilidade. (Marilda Silva Farracioli SILVA apud BELMONTE, Alexandre Agra. O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo, SP: LTr, set. 2004. v. 68, p. 1033).

29 SILVA, Leda, op cit., 2005, p. 120.

30 Art. 482.: “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:[...] b) incontinência de conduta ou mau procedimento;[...] e) desídia no desempenho das respectivas funções.”

Ao comentar o direito ao sigilo previsto na Constituição Federal, Uadi Lammêgo Bulos afirma que:

Quando a Carta Magna protege o sigilo está, na realidade, resguardando a privacidade do homem em suas relações familiares e domésticas, proibindo todo tipo de investida contra a sua integridade física, psíquica, intelectual e moral. O direito ao sigilo procura, pois, evitar afrontas à honra, à reputação, ao bom nome, à imagem física e social das pessoas, deixando-as a salvo de informações comprometedoras de sua intimidade.³¹

Mas, adverte Uadi Lammêgo Bulos que as liberdades públicas não são absolutas, havendo a possibilidade de restringi-las, a fim de que se possa evitar ou coibir a prática de determinados atos ilícitos que jamais poderiam ser descobertos, se fossem absolutos esses princípios.³²

Quanto a garantia ao sigilo da correspondência ou das comunicações telefônicas previsto no artigo 5º, inc. XII da CF/88, primeiro, cumpre saber se os e-mails estariam protegidos pelas leis que tratam deste preceito constitucional, quais sejam, Lei 6.538/78 (serviços postais) e a Lei 9.296/96 (comunicação telefônica).

A Lei 6.538/78, em seu artigo 2º³³, prescreve que os serviços postais serão explorados com exclusividade pela União ou empresa pública que esteja vinculada ao Ministério das Comunicações. A lei, muito embora seja de 1978, está de acordo com o artigo 21, inciso X da Constituição Federal.³⁴

De início, verifica-se que o serviço postal caracteriza-se como de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, uma vez que somente a União pode explorá-la ou empresa pública que receba a delegação que, diga-se de passagem, é constituída de capital totalmente público. A internet, veículo indispensável para o envio e recebimento de e-mails, não pertence à União nem muito menos ao Brasil, é uma rede mundial de comunicação. Mais adiante, em seu artigo 7º, apresenta quais são os objetos de

31 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 442.

32 Ibidem, p. 442.

33 Art. 2º.: “ O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.”

34 Art. 21.: “Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”.

correspondência, definidos no artigo 47, sendo que não há previsão para e-mails.³⁵

Pelas questões acima discutidas, verifica-se que a troca de mensagens por e-mail não se enquadram nas disposições legais que regulam o serviço postal.³⁶

Ao analisar o direito ao sigilo de correspondência e comunicação, Alexandre de Moraes entende que:

O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que se impeçam interceptações ou divulgações por meios ilícitos.

Verifica-se, portanto, que, embora a Lei 6.538/78, não se reporte aos e-mails como meio de correspondência, sua utilização tornou-se um dos meios mais utilizados de comunicação. Assim, o direito fundamental do sigilo de comunicação contempla os e-mails que, como as demais liberdades, não pode ser entendido de forma absoluta, sendo, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes, “passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade”.³⁷

Ademais, o STF entende que a Constituição garante o sigilo à comunicação de dados e não os dados em si mesmos, o que, nas relações

35 Art. 7º.: “Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento. § 1º - São objetos de correspondência: a) carta; b) cartão- postal; c) impresso; d) cecograma; e) pequena – encomenda”.

36 RESOLUÇÃO CONTRATUAL – SISTEMA DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA – UTILIZAÇÃO INDEVIDA – ENVIO DE FOTOS PORNOGRÁFICAS – SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA – QUEBRA – INOCORRÊNCIA – Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipara-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF. Trata-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência(art. 5º, inciso XII, da CF), nulificando a justa causa aplicada(CLT, art. 482). (TRT-DF-RO 0504/2002, Acórdão 3ªT).

37 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martirez; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 383.

de trabalho, permite ao empregador, a priori, ter acesso ao conteúdo dos e-mails recebidos ou enviados por seus empregados no desenvolvimento de sua atividade laborativa.³⁸

No que diz respeito à Lei 9.296/96, que regulamentou o artigo 5º, XII, parte final, prescreve que a interceptação telefônica só seria possível em caso de investigação criminal ou instrução penal, após a devida autorização pelo poder judiciário.³⁹

Uadi Lammêgo Bulos define comunicação telefônica como sendo “a transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais lingüísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza, veiculados pelo telefone estático ou móvel”.⁴⁰

A questão de fundo que se coloca em discussão é se os e-mails poderiam ser abarcados pela proteção ao sigilo de comunicações telefônicas prevista no inciso XII da Constituição Federal.

Muito embora a internet dependa das linhas telefônicas para acesso de seu conteúdo pelos usuários e até mesmo para recebimento ou envio de e-mails, não deve ser confundida com a ligação telefônica ou conversa telefônica, passiva de interceptação nos termos da lei citada.

Ademais, a Lei 9.296/96 disciplina as interceptações telefônicas aos procedimentos criminais e, portanto, não pode ser aplicado no processo do trabalho. Se assim não fosse, eventual prova, em reclamação trabalhista, decorrente da violação do e-mail do empregado, seria ilícita, e não poderia ser utilizada pelo juiz como meio de convencimento para fundamentar a sentença.⁴¹

38 Idem, p. 382.

39 Art. 1º: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.”

40 BULOS, op cit., p. 453.

41 DIREITO AO RECATO OU A INTIMIDADE. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, par. 9º. Da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o poder de captação de prova, mediante a interceptação de telefonema, a revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento, dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 100094/PR, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 24.8.1984, p.13.482, Ementa. v. 1346-03, p.560, RTJ v. 110-02, p.798, j.28.6.1984, Primeira Turma).

Assim, afirmar que o monitoramento dos e-mails do empregado, por parte do empregador, em decorrência de seu poder diretivo, fere o princípio constitucional do sigilo das comunicações telefônicas, é querer ampliar demasiadamente o sentido pretendido pelo legislador.

Como assevera Leda Maria Messias da Silva, o estudo sobre a possibilidade ou não do monitoramento por parte do empregador de e-mails do empregado reside na análise se esta medida fere a intimidade do trabalhador e não o sigilo das correspondências.⁴²

Portanto, o entendimento acerca do monitoramento de e-mails não deve voltar-se para a análise de estar ocorrendo afronta ao direito fundamental do sigilo de correspondência do empregado; pelo contrário, a questão funda-se na constatação se tal medida afronta os direitos da personalidade do trabalhador, neste contexto, sua intimidade.

Marcelo Roberto Bruno Válio defende a possibilidade de dispensa por justa causa do empregado pelo empregador, quando a empresa prevê, em seu regulamento, a possibilidade de monitoramento de e-mails e desde que provado que o mesmo tinha ciência deste.⁴³

Alberto E. de Oliveira Neto e Luciano A. de Toledo Coelho advertem que:

A violação à intimidade do empregado será causa de rescisão indireta do contrato de trabalho (CLT, art. 483,d), resultando nas verbas rescisórias decorrentes, além da indenização por dano moral, cumulável com eventuais danos materiais. O capital não pode prevalecer sobre o indivíduo. A dignidade da pessoa humana, por um lado, a igualdade e funcionalização nas relações contratuais, por outro, inviabilizam o poder diretivo amplo e irrestrito do empregador. O fato de o empregado descumprir determinação para uso do e-mail, apenas em serviço poderia ser grave o suficiente para configurar justa causa em casos extremos. Mas isso não legitima o abuso de direito do empregador que, com base em seu

42 SILVA, Leda, op cit., 2005, p. 124.

43 VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. Os direitos da personalidade nas relações de trabalho. São Paulo, SP: Ltr, 2006. p. 98.

poder diretivo, pretenda violar a intimidade do empregado por meio da verificação das mensagens por ele enviadas pelos equipamentos de informática de propriedade da empresa. Certamente, haverá outras formas de se constatar e demonstrar a violação da norma contratual, que veda a utilização dos computadores para questões particulares do empregado, que não violem o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato.⁴⁴

Diversamente, Amaro Morais e Silva Neto⁴⁵ entende que o monitoramento de e-mails somente poderia ser admitida se houvesse autorização judicial para tanto, incorrendo, o empregador, caso o faça, responder a processo penal com fundamento no artigo 151 do CP.⁴⁶

Victor Drummond, embora admita que o empregado possa ter acesso a qualquer correio que lhes diga respeito, sem a observância da empresa, no ambiente de trabalho (bem intangível do empregado), entende como sendo o correio eletrônico propriedade privada da empresa, possui fins comerciais, podendo, então, ser perfeitamente monitorado por ela. Contudo, adverte o autor que, mesmo sendo o endereço eletrônico um bem intangível da empresa, esta deverá comunicar a seus empregados que o monitoramento ocorrerá, uma vez que, se assim não o fizer, aplicar-se-á o critério de presunção de privacidade absoluta.⁴⁷

O princípio da lealdade, presente nas relações sociais, deve ser observado também nas relações de trabalho. Assim, a empresa somente poderia fiscalizar os e-mails se os empregados forem avisados de forma clara e inequívoca do monitoramento.

Interessante posição foi tomada pelo Tribunal Superior do

44 OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; TOLEDO COELHO, Luciano Augusto de. E-mail do Empregado: Limites ao Poder Diretivo do Empregador sob a Ótica do Novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo Gunther (Coords.). O impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho. São Paulo, SP: LTr, 2003. p. 201.

45 SILVA NETO, Amaro Moraes e. Privacidade na internet: um enfoque jurídico. Bauru, SP: EDIPRO, 2001. p.52.

46 Artigo 151.: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena – detenção, de 1(um) a 6(seis) meses,ou multa.”

47 DRUMMOND, Victor. Internet, privacidade e dados pessoais. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Júris, 2003. p. 88.

(...) "a fiscalização restringe-se aos e-mails que pertençam à empresa, desde que seja dada a devida ciência ao trabalhador, sendo inadmissíveis o conhecimento, por parte do empregador, dos e-mails pessoais de seus trabalhadores, mesmo estando estes no ambiente de trabalho e utilizando-se dos equipamentos da empresa."

Trabalho no processo, RR-613/2000-013-10-00.7 que, por unanimidade, reformou decisão que obrigava o HSBC-Seguros a pagar as verbas rescisórias a um empregado, em razão do monitoramento do e-mail da empresa ter sido feito sem o seu prévio consentimento.

Contudo, a reforma da sentença somente ocorreu em razão de tratar-se de e-mail corporativo ser para trabalho, e ter o empregado conhecimento das restrições a seu conteúdo.⁴⁸

Há que se fazer a distinta separação entre as duas formas de endereços eletrônicos existentes, a fim de se verificar a possibilidade de seu monitoramento.

Existe o e-mail corporativo, entendido como sendo aquele de propriedade da empresa, disponibilizado a seus empregados como ferramenta de trabalho e o e-mail pessoal do empregado, cuja finalidade não se destina ao trabalho, mas, sim, ao trato de assuntos pessoais.

Assim, a fiscalização restringe-se aos e-mails que pertençam à empresa, desde que seja dada a devida ciência ao trabalhador, sendo inadmissíveis o conhecimento, por parte do empregador, dos e-mails pessoais de seus trabalhadores, mesmo estando estes no ambiente de trabalho e utilizando-se dos equipamentos da empresa.

Alexandre Agra Belmonte, ao analisar o direito à propriedade do empregador e, de outro, à intimidade do empregado, no que diz respeito ao sigilo das comunicações, pondera que:

Nenhum direito pode ser exercido sem restrições. O direito de um termina onde começa o de outro, pelo que o direito à intimidade deve sofrer ajuste, limitação, ou mesmo ceder, quando existir a necessidade de tutelar outro direito igual ou mais relevante nas circunstâncias. Cuida-se da atuação dos princípios do juízo de ponderação e da dimensão de peso e importância, antes referidos.

De um lado, tem-se a propriedade privada, que no contrato de emprego está consubstanciada,

48 TST, RR-613/2000-013-10-00.7, 1ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 10/06/2005, p.901.

materialmente, na propriedade dos equipamentos colocados à disposição dos empregados e, de forma imaterial, no poder diretivo que exerce para o controle da execução do serviço.

De outro, tem-se o direito à intimidade e a vedação constitucional e infraconstitucional à violação do segredo das comunicações, que colidira com o primeiro princípio, na medida em que o empregador não poderia exercer o controle sobre a atividade eletrônica do empregado, porque esse controle atentaria contra o direito à intimidade do empregado.⁴⁹

Andréia Pereira Zanella entende que somente será possível o monitoramento dos e-mails dos empregados por parte do empregador, quando aqueles forem previamente avisados por escrito de que a fiscalização ocorrerá.⁵⁰

Leda Maria Messias da Silva, em outro artigo, esclarece que as regras “devem ser claras”, entendendo que, caso o empregador não permita que seja utilizado o e-mail corporativo para fins pessoais do empregado, referida regra deverá estar prevista no regimento da empresa e ser dada ciência a todos, a fim de que sejam evitados problemas posteriores. Contudo, pondera que, como o empregado passa grande parte do dia útil no local de trabalho, o empregador haveria de permitir o acesso a determinados sites úteis ao trabalhador, como, por exemplo, os sites de Banco, consultar saldos ou pagar suas contas, e conclui dizendo que “se o ambiente de trabalho não proporcionar certo conforto ao empregado, a tendência é que a produtividade também seja menor, pois quem trabalha mais satisfeito, produz mais”.⁵¹

O TST vem entendendo como possível o monitoramento de e-mails pela empresa, desde que o empregado esteja utilizando dos computadores, do provedor da empresa e do endereço eletrônico que lhe é disponibilizado. Assim, a proteção constitucional e legal da inviolabilidade

49 BELMONTE, op cit., p.1034.

50 ZANELLA, Andréia Pereira. A dignidade da pessoa Humana nas Relações de Trabalho. In: ROCHA POMBO, Sergio Luiz; DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo(coords.). Direito do Trabalho: reflexões atuais. Curitiba, PR: Juruá, 2007. p. 337.

51 SILVA, Leda, op cit., 2005, p. 127.

somente seria admitida se o e-mail do empregado for pessoal e desde que utilizando-se de provedor próprio.⁵²

Reforçando a legalidade do monitoramento de contas corporativas de e-mails dos trabalhadores por parte das empresas, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, também por uniformidade, em decisão tomada em 04 de junho de 2008, negou provimento ao agravo de instrumento impetrado pelo trabalhador contra decisão que manteve sua demissão por justa causa pela MBM Recuperação de Ativos Financeiros. O julgado observa que, se o empregado utiliza-se do e-mail da empresa para assuntos particulares, o acesso pelo empregador do conteúdo das mensagens não representa violação de correspondência pessoal nem da intimidade ou privacidade do empregado.⁵³

Outro aspecto importante que fundamenta a possibilidade do monitoramento da internet e e-mails por parte do empregador é que, em razão de sobre ele recair os riscos da atividade econômica, o mau uso ou uso indevido, por parte de seu funcionário, poderia causar prejuízos de larga escala ao empresário, quer em eventuais indenizações por danos morais, em decorrência de e-mails corporativos enviados, contendo ofensas a terceiros, quer em decorrência de negociações firmadas pela internet, prejudiciais à empresa.⁵⁴

A própria súmula 341 do STF⁵⁵ estabelece que o empregador seja responsável pelos atos praticados por seus empregados, o que reforça a possibilidade do monitoramento dos e-mails por parte da empresa.

Luiz Alberto Vargas apresenta os seguintes parâmetros para o monitoramento de e-mails por parte do empregador:

52 TST, RR 613/00.7, 1ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 10.06.2005, p. 901.

53 TST, AIRR-1.542/2005-055-02-40.4, 7ª T., Rel. Ives Gandra Martins Filho, DJU 04/07/2008, p. 570.

54 Ementa: Justa Causa: E-mail. Prova produzida por meio ilícito. Não ocorrência. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta, em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema Internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta. (TRT 2.ª Reg., 3ª T., Distrito Federal, RO 0504/2002).

55 STF Súmula n. 341: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

I. A existência de uma política transparente e proporcionada que faça o empregado consciente do caráter não sigiloso de suas comunicações no local de trabalho, é a melhor maneira de conciliar as exigências de segurança com um ambiente de trabalho mais agradável e produtivo.

II. Parece ser essencial que a empresa advirta aos empregados de que todas as mensagens, de qualquer tipo, inclusive as protegidas por senhas, estão potencialmente disponíveis para o conhecimento da empresa. III. O monitoramento do correio recebido pelo empregado é, em qualquer hipótese, uma violação da privacidade de terceiros que, provavelmente, desconheciam as normas empresariais e que o destinatário não tinha privacidade em suas comunicações; IV. O monitoramento constante e sem clara finalidade específica de todas as comunicações de „intranet não é justificável, por desproporcionada; V. O controle por parte da empresa do tempo e dos endereços eletrônicos navegados na internet pelo empregado é razoável, sob o argumento de que a utilização do equipamento empresarial deva ser produtivo.

Mozart Victor Russomano, ao analisar a configuração da indisciplina por parte do empregado, quando este desrespeita o contrato de trabalho e o regulamento da empresa, prescreve que:

[...] o trabalhador quando contratado, celebra pacto que, via de regra, é do tipo dos contratos de adesão. Nele ficam implícitas todas as cláusulas disciplinares mencionadas no regulamento interno da empresa. O regulamento dita, portanto, genericamente, regras que pautarão o modo de agir de todos os empregados dentro do estabelecimento, disciplinando a conduta dos mesmos. Logo, qualquer violação do regulamento é ato que quebra norma disciplinar da empresa, por outras palavras, ato de indisciplina.⁵⁶

56 RUSSOMANO, Mozart Victor. O empregado e o empregador no Direito Brasileiro. 7. ed. São Paulo, SP: Forense, 1984. p. 361.

Muito embora o monitoramento de e-mails seja possível de ser realizado pelo empregador, por fazer parte de seu poder diretivo, enquanto detentor do controle e fiscalização da atividade econômica, o que seria possível é a fiscalização de e-mails corporativos da empresa, estando vedado, ao empregador, monitorar e-mails particulares do empregado. Caso o empregador permita, durante o horário de trabalho, que o empregado acesse seus e-mails particulares, jamais o empregador poderá conhecer seu conteúdo, sob pena de estar sendo ferida a privacidade do empregado.

O que se permite ao empregador é a fiscalização dos e-mails ligados ao desenvolvimento do trabalho do empregado, extrapolando seus direitos quando do monitoramento de e-mails particulares, ferindo, aí sim, a intimidade do trabalhador.

Caberá ao magistrado, no caso concreto, analisar cuidadosamente os fatos, a fim de verificarse a utilização dos e-mails, por parte do empregado, configura-se desvio de finalidade na utilização desta ferramenta, levando-se em conta, inclusive, o princípio da razoabilidade e os demais valores constitucionais e infraconstitucionais.

5 POSSÍVEIS DIRETRIZES NA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO O DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.

Se a Constituição Federal garante ao trabalhador que seja preservada a sua privacidade e ao empregador o direito de conduzir e fiscalizar o exercício da atividade empresarial desenvolvida em razão de seu direito à propriedade, o que fazer quando esses dois valores apontam soluções diversas e até mesmo contrapostas para uma determinada questão?

Edílson Pereira de Farias afirma que a colisão entre direitos fundamentais se dá tanto por meio da colisão do exercício de um direito fundamental com o exercício de outro direito fundamental, quando o "exercício de um direito fundamental conflita com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente".⁵⁷

57 FARIAS, Edílson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre, RS: Fabris, 2000. p. 116-117.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, os conflitos de direitos fundamentais seriam espécies de colisões entre esses direitos, sendo que há colisão entre direitos fundamentais quando é possível identificar o exercício oposto de direitos fundamentais por diferentes titulares, e conflitos quando há colisão entre direitos fundamentais de um indivíduo e bens jurídicos da comunidade.⁵⁸

Destarte, pela análise dos posicionamentos doutrinários, verificou-se que os direitos fundamentais, e também os direitos à intimidade e à vida privada, podem colidir, em sentido amplo, com outros direitos fundamentais do mesmo titular, com outros direitos fundamentais de outros titulares e com outros bens constitucionalmente assegurados.

Partimos da premissa de que a Constituição deve ser vista como um todo, ou seja, não há possibilidade, em uma eventual colisão de direitos fundamentais, que seja feita a opção por uma determinada norma constitucional em detrimento de outra. O princípio da unidade da Constituição impossibilita que suas normas sejam vistas de forma isolada, como ensina Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar este princípio

[...] a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico –, o sentido da parte e do todo são interdependentes.⁵⁹

Há que se observar também o princípio da concordância prática ou harmonização, no qual cabe ao aplicador do direito, quando da concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adotar solução que otimize a realização de todos eles sem negá-los.⁶⁰

58 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: HERMENÊUTICA constitucional e direitos fundamentais. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 280.

59 MENDES; COELHO; BRANCO, op cit., p. 107.

60 Idem, p. 107.

Na análise do caso concreto⁶¹, caberá ao aplicador do direito utilizar-se da técnica da ponderação, a fim de que seja feita a devida valoração dos princípios em colisão, para que seja preservado o máximo de cada um dos valores, decidindo, ao final e, naquele caso, qual deverá prevalecer.

Segundo Daisson Flach,⁶² os conflitos entre bens jurídicos de relevo constitucional, e os direitos fundamentais, podem ser resolvidos pela técnica da ponderação, o qual “poderá permitir a adequada valoração e a determinação, em concreto, dos limites e conteúdos dos direitos fundamentais implicados”⁶³

Pela técnica da ponderação, cabe ao interprete verificar qual o bem constitucional que deverá prevalecer para aquele caso concreto, alcançando, assim, a solução mais racional possível. Não se trata de excluir um dos direitos fundamentais em colisão, mas, sim, busca-se, através desta técnica, que sejam feitas concessões recíprocas, a fim de que se chegue a uma decisão mais adequada ao próprio interesse social.⁶⁴

O poder diretivo do empregador possui maior abrangência no local ou nos horários de trabalho, contudo, existem determinadas funções que permitiriam uma fiscalização do empregador fora do horário ou local de trabalho. É o que acontece, por exemplo, com trabalhadores do setor de segurança, onde se exige um comportamento do trabalhador compatível com a função exercida. Nesses casos é possível ao empregador, no exercício de seu poder diretivo, fiscalizar a vida privada desses funcionários, a fim de que se verifique se o comportamento adotado pelo seu empregado está de acordo com princípios legais e morais. Negar ao empregador esta prerrogativa é colocar em risco a própria atividade desenvolvida por ele.

José Afonso da Silva complementa que somente seria possível a “investigação” da vida pessoal quando obtida por meios lícitos.⁶⁵ A

61 “É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro”(Idem, p. 276).

62 FLACH, Daisson. O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação. In: MARTINS COSTA, Judith (Coord.). A reconstrução do direito. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002, p. 389-390.

63 FLACH, op cit., p. 389-390

64 BULOS, op cit., p. 342.

65 SILVA, José, op cit., p. 211

investigação da privacidade da pessoa não poderia se dar em qualquer caso, mas somente quando a função desempenhada pelo trabalhador exija um comportamento adequado fora do horário do trabalho ou que haja fortes indícios de atos ilícitos praticados por ele.

Portanto, não basta apenas a anuência do trabalhador para que o empregador possa adentrar em sua privacidade, pois, esta, trata-se de direito fundamental indisponível, sendo, por exemplo, a revista física do funcionário, sem necessidade real ou em lugar impróprio, expondo o trabalhador muitas vezes ao ridículo, afronta direta ao princípio constitucional, mesmo com sua aquiescência, gerando, então, a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho por parte do empregado e a devida reparação por danos morais.

Leda Maria Messias da Silva já se manifestou no sentido de ser o princípio da razoabilidade o norte a orientar o poder de controle do empregador, “estabelecendo o bom senso como limite ao seu poder diretivo e o respeito à dignidade do seu empregado/colaborador, como meta dessa relação de trabalho”⁶⁶

Se as partes são livres para celebrar o contrato de trabalho, se há liberdade conferida a elas para sua fixação ou não, e se a vontade é elemento essencial, a relação de trabalho é uma relação de confiança, devendo, então, o empregador, ter como ponto de partida que seu empregado irá realizar o trabalho a contento e não que será desonesto. Deve haver respeito ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade nos meios utilizados pelo empregador no exercício de seu poder diretivo.

O direito à intimidade e à vida privada não são absolutos, como também não o é o poder diretivo do empregador. Entende-se que, somente na análise do caso concreto, respeitado o princípio da razoabilidade e utilizando-se da técnica da ponderação, é que se pode determinar se houve ou não afronta a esses direitos fundamentais do trabalhador.

Quando o empregador, no desenvolvimento do contrato de trabalho celebrado com o empregado, ultrapassar o estritamente necessário para a sua devida execução e atingir a pessoa do trabalhador, o seu direito de personalidade deverá prevalecer.

66 SILVA, Leda, op cit., 2005, p. 129

6 CONCLUSÕES

As relações de trabalho sofreram profundas modificações, em razão do avanço tecnológico presenciado pela sociedade. Ferramentas como o uso da internet no desenvolvimento das atividades comerciais são concebidas, atualmente, como indispensáveis à realização de suas finalidades.

A força de trabalho precisou se adaptar a esta nova realidade. O trabalhador viu-se obrigado a capacitar-se a todo avanço, sob pena de não se colocar no mercado de trabalho.

O processo de globalização acirrou ainda mais a competitividade dos mercados, forçando as empresas a implantarem novos mecanismos de produção de bens ou prestação de serviço, buscando atuar com a máxima eficiência possível.

Não resta dúvida de que todo o sistema produtivo sofreu e ainda sofre sobre as influências desses avanços; contudo, a máquina ainda não substituiu o homem e, talvez, jamais substitua totalmente o trabalho humano.

Surge, neste contexto, o trabalhador, que, ao celebrar o contrato de trabalho com o empregador, coloca à disposição deste sua força de trabalho mediante remuneração.

A falta de previsão legal na CLT em relação a esses direitos, não os retira de sua observância na relação de trabalho, aplicando-se perfeitamente as regras constitucionais e o Código Civil, por previsão do próprio artigo 8º da CLT, que possibilita a aplicação do direito privado nos casos em que a legislação trabalhista for omissa e desde que não vá contra o sistema protetivo ao trabalhador, dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade do trabalhador quando desconsiderados, desrespeitados ou violados pelos empregadores no desenvolvimento do contrato de trabalho, comprometem sobremaneira suas condições existenciais mínimas.

A própria ordem econômica, conforme prevista no artigo 170 da Constituição Federal, pondera que a dignidade humana é valor fundamental a ser alcançado na busca de seus fins. Neste sentido, o empregador deve preservar a integridade física e moral de seus trabalhadores, no desenvolvimento da atividade laboral.

O direito à intimidade, espécie que é dos direitos da personalidade, garantido pela própria Constituição Federal, deve ser respeitado pelo empregador, tanto no ambiente de trabalho quanto fora dele. Contudo, esses direitos fundamentais, como os demais previstos na Constituição Federal, não podem ser vistos como absolutos.

Ao empregador, assumindo os riscos da atividade que desenvolve, cabe a direção e fiscalização dos trabalhos realizados, que decorre, inclusive, do seu direito à propriedade privada.

A privacidade do empregado sofre restrições quando da execução do contrato de trabalho, pois a liberdade do empregado encontra limites no poder diretivo do empregador que, por outro lado, não pode, ilimitadamente, e sob o manto do controle do trabalho, cometer abusos no exercício de seu poder.

O poder diretivo, indispensável para a organização e controle das atividades desenvolvidas pela empresa, deve ser entendido como direito-função e não meramente potestativo. Sendo assim, ao exercê-lo, o empregador não o faz visando apenas seus interesses, mas o interesse da coletividade de empregados.

Assim, o monitoramento de e-mails dos empregados deve ser visto com cautela. Quando o empregador disponibiliza serviços da empresa, cede e-mail corporativo para que o empregado desenvolva a atividade profissional e se for previamente informado pela empresa que o uso do equipamento destina-se exclusivamente ao trabalho, perfeitamente possível o monitoramento em razão do direito de propriedade do empregador, não configurando violação da privacidade do empregado.

Contudo, quanto aos e-mails pessoais do empregado, conclui-se que, mesmo sendo utilizados os equipamentos da empresa e estando em horário de trabalho, o empregador jamais poderá ter acesso ao seu conteúdo, sob pena de configurar a invasão de sua privacidade. Caso o empregador não queira que seus empregados se utilizem da internet ou e-mails pessoais no local de trabalho, deverá, além de dar ciência ao trabalhador do rastreamento, bloqueio e monitoramento, utilizar-se de programas de computador, que podem ser adquiridos pela empresa para bloquear o acesso a determinados locais da rede.

Utilizando-se do juízo de ponderação e em atenção ao princípio da razoabilidade, caberá ao intérprete fazer a devida valoração dos direitos em conflito, a fim de se alcançar a solução mais adequada ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo, SP: LTr, 1997.

BELMONTE, Alexandre Agra. O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. Revista LTr, v. 68, n. 9, p. 1033-1034, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.

COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo, SP: RT, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo, SP: LTr, 2002.

DRUMOND, Victor. Internet privacidade e dados pessoais. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Júris, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre, RS: Fabris, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, out./dez. 1992.

FLACH, Daisson. O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação. In: COSTA, Judith Martins (Org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002. p. 389-390.

MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo, SP: Edição Saraiva, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: HERMENÊUTICA constitucional e direitos fundamentais. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 197-317.

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

MÜLLER, Marilins de Castro. A patologização do poder nas relações de trabalho. In: ROCHA POMBO, Sergio Luiz da; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo Gunther(Coords.). Direito do Trabalho: reflexões atuais. Curitiba, PR: Juruá, 2007. p. 396-411.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; TOLEDO COELHO, Luciano Augusto de. E-mail do Empregado: Limites ao Poder Diretivo do Empregador sob a Ótica do Novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo Gunther (Coords.). O impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho. São Paulo, SP: LTr, 2003. p. 201-226.

PAULA ALVES, Ricardo de. Direito à privacidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JR., Antonio Jorge (Coord.). Vida pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005. p. 373-392.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2. ed. rev. aum. São Paulo, SP: LTr, 2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. Curitiba, PR: Juruá, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1994.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador. Abrangência e limitações. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 5, n. 1, p. 115-130, 2005.

_____. Poder Diretivo do Empregador, Emprego Decente e Direitos da Personalidade. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 6, n. 1, p. 266-281, 2006.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. Privacidade na internet: um enfoque jurídico. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. São Paulo, SP: LTr, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de direito do trabalho. 18. ed. atual. São Paulo, SP: LTr, 1999.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2004.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. Os direitos da personalidade nas relações de trabalho. São Paulo, SP: Ltr, 2006.

VIANA, Márcio Túlio. Direito da Resistência. São Paulo, SP: LTr, 1996. p. 132.

ZANELLA, Andréia Pereira. A dignidade da pessoa Humana nas Relações de Trabalho. In: ROCHA POMBO, Sergio Luiz da; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo Gunther(Coords.). Direito do Trabalho: reflexões atuais. Curitiba, PR: Juruá, 2007. p. 337-452.

Publicado originalmente na Revista LTr Vol. 73, nº 07, julho de 2009, p. 818-828.

Acórdãos

Desembargador Célio Horst Waldruff

Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, publicado no DJe 16/02/2012, Relator Desembargador Célio Horst Waldruff.



VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. VARA DO TRABALHO DE JAGUARIAÍVA - PR**, em que é recorrente (ré) e recorrido (autor).

I. RELATÓRIO

Inconformada com a r. sentença de f. 927-937, proferida pela Juíza do Trabalho Angela Neto Roda, complementada pela decisão resolutiva de embargos de f. 945-946, que acolheu parcialmente os pedidos elencados na inicial, recorre a 1ª reclamada.

A 1ª reclamada, (...), em razões de f. 951-977, postula a modificação do julgado relativamente a: a) da nulidade dos atos - ausência de submissão à Câmara de Conciliação Prévia; b) da prescrição total - ato único; c) do cargo de confiança - horas extras; d) das férias; e) da correção monetária; f) das contribuições previdenciárias e fiscais; e g) da reconvenção.

[...]

DA RECONVENÇÃO

Insurge-se a recorrente contra a decisão que rejeitou a pretensão por ela formulada, em sua ação de reconvenção.

Consta da r. sentença:

"A reconvinte, (...), imputa ao autor da reclamatória trabalhista, ora reconvindo, prática grave (quebra de sigilo profissional) que resultou em eminentes "riscos essenciais" ao seu patrimônio e em "danos à sua imagem" (fl. 272). Pretende ser indenizada pelos alegados danos sofridos.

Não visualizo o caráter sigiloso atribuído pela reconvinte aos documentos de fls. 133/194, eis que simples comunicações enviadas ao

"Se mesmo após dois anos de findo o vínculo de emprego a reconvinte não encerrou a conta do "email" corporativo de seu ex-empregado, eventual falha não pode ser a ele atribuída."

ou pelo reconvindo, via "email" (pessoal e corporativo). Irrelevante o fato de os documentos terem sido impressos depois de extinto o contrato de trabalho, pois pertencentes ao reconvindo. Se mesmo após dois anos de findo o vínculo de emprego a reconvinte não encerrou a conta do "email" corporativo de seu ex-empregado, eventual falha não pode ser a ele atribuída.

Assim, a questão se resume ao "email" de fl. 167, enviado ao superior hierárquico do reconvindo, Sr. (...), cujo correio eletrônico teria sido acessado pelo reconvindo sem autorização de seu proprietário.

Admitido pelo preposto das rés que, se expressamente autorizado, o reconvindo podia acessar o correio eletrônico de (...) (fl. 860v.).

O reconvindo afirma que recebeu tal autorização, por telefone.

A declaração de fl. 854 deve ser analisada com cautela, pois, inquestionavelmente, firmada por pessoa de extrema confiança da reconvinte.

Do conjunto de provas, reputo plausível a versão do reconvindo. Uma empresa que mantém controles paralelos de frequência e férias não pode exigir que o reconvindo apresente, por escrito, uma autorização do "controller" da empresa para que o "gerente de informática" resolva problemas de seu correio eletrônico. Os inúmeros "emails" colacionados comprovam que as solicitações para solução de problemas chegavam ao reconvindo de forma bastante informal.

As gravíssimas consequências elencadas pela reconvinte à fl. 274 não resultaram provadas.

Portanto, porque autorizado a acessar o correio eletrônico de terceiro, não há que se falar em quebra de sigilo profissional ou invasão de privacidade. Não provado o dano, indevida qualquer indenização. Rejeito, por consequência, o pedido de expedição de ofício ao Ministério Público.

Indevidos honorários advocatícios, ante a ausência de condenação."

Alega que o recorrido, na condição de gerente de informática, deu ensejo a práticas graves, que importaram não só na eminência de riscos essenciais ao patrimônio da recorrente, como também em danos à sua imagem; que ficou comprovado que o recorrido acessou de forma indevida e não autorizada o e-mail do Sr. (...), controller e preposto da

recorrente; que não satisfeito em acessar indevidamente o conteúdo de seus e-mails, o recorrido imprimiu e anexou aos autos documentos de conteúdo confidencial, especialmente por se tratar de um assunto vinculado a uma reclamatória trabalhista de terceiros; que desta forma o recorrido acabou por praticar ato grave, pois invadiu a privacidade do aludido preposto, expondo publicamente conteúdos sigilosos da empresa e de seus advogados; que o recorrido, em absoluta desobediência às determinação da empregadora e ao sigilo que seu cargo exigia, e também aos regramentos da legislação penal brasileira, praticou atos ilegais e que causaram abalos materiais e morais à recorrente; que deve ser reformada a r. sentença para que o autor-reconvindo seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais em favor da ré-reconvinte, devendo ser adequadamente valoradas as provas produzidas através dos documentos anexados aos autos.

Analisa-se.

Na resposta à reconvenção apresentada pela ré-reconvinte, o autor-reconvindo declarou que (f. 733) "o acesso ao documento de fls. 167 decorreria de acesso por expressa e costumeira autorização do Sr. (...) em situações em que este se impossibilitava de sua prática. Assim, o Reclamante esclarece, que neste caso específico, o acesso se deu por ordem do Sr. (...), que na época em questão ocupava cargo em nível hierárquico superior ao Reclamante (...)".

Em seu depoimento pessoal (f. 850-v), o preposto das reclamadas afirmou que "19) O reclamante não podia abrir correspondência eletrônica enviada exceto se expressamente autorizado".

Neste contexto, e como bem observou o Juízo de 1º grau, "uma empresa que mantém controles paralelos de frequência e férias não pode exigir que o reconvindo apresente, por escrito, uma autorização do "controller" da empresa para que o "gerente de informática" resolva problemas de seu correio eletrônico. Os inúmeros "emails" colacionados comprovam que as solicitações para solução de problemas chegavam ao reconvindo de forma bastante informal."

Destarte, considerando-se o cargo de "Gerente de Informática" ocupado pelo autor-reconvindo, tenho como perfeitamente plausível que o autor tivesse autorização (ao menos informal) para que pudesse acessar aos e-mails dos demais empregados da reclamada com a finalidade de solucionar eventuais problemas daí decorrentes, não havendo que se falar, por tais razões, em "quebra de sigilo profissional", ou em "invasão à privacidade".

Não vislumbro, ademais, qualquer caráter sigiloso em relação aos documentos de f. 123-184, na medida em que representam meras comunicações encaminhadas ao autor através de seu e-mail corporativo. Quanto ao fato de que tais documentos teriam sido impressos em data posterior à extinção do vínculo de emprego, reporto-me ao que já havia sido asseverado pelo d. Magistrado de 1º grau, no sentido de que "se mesmo após dois anos de findo o vínculo de emprego a reconvinte não encerrou a conta do "email" corporativo de seu ex-empregado, eventual falha não pode ser a ele atribuída".

Assim sendo, nego provimento.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

A C O R D A M os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RECLAMADA**, (...), assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DETERMINAR**, ex officio, que a apuração do imposto de renda observe o disposto no art. 12-A, caput e parágrafos, da Lei nº 7.713/1988 e na Instrução Normativa nº 1.127/2011, da Secretaria da Receita Federal, excluindo-se os juros de mora de sua base de cálculo. Sem divergência de votos, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RECLAMADA** para, nos termos do fundamentado: a) fixar a jornada de trabalho do autor nos termos da fundamentação, mantendo-se a condenação às horas extras laboradas em excesso à 8ª diária e à 44ª semanal, nos mesmos parâmetros já fixados na origem, observada a OJ nº 394, da SBDI-1, do c. TST, quanto aos reflexos, e excluindo-se o pagamento do adicional noturno; b) limitar a condenação ao pagamento, de forma simples, da remuneração correspondente às férias relativas aos períodos aquisitivos havidos entre 2004/2005, 2005/2006 e 2006/2007; e c) excluir o pagamento das férias referentes ao período 2007/2008.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 16 de fevereiro de 2012.

CÉLIO HORST WALDRAFF
DESEMBARGADOR RELATOR

Acórdão

Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Publicado no DJPR em 22/07/2011 - Relatora Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu.



VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Araucária, em que é recorrente (autor) e recorrido (ré).

I. RELATÓRIO

Da sentença de fls. 924/938, recorre o autor.

Pretende, pelas razões de fls. 938/943, modificação quanto aos seguintes itens: a) convenções coletivas aplicáveis - vantagens convencionais e piso salarial; b) nulidade da rescisão por justa causa - inexistência de falta grave; c) dano moral - rescisão por justa causa; d) dano moral - assédio moral; e) honorários advocatícios.

[...]

2. Nulidade da rescisão por justa causa - inexistência de falta grave.

O autor afirma que sempre foi empregado exemplar, que nunca foi punido, é um dos mais antigos e respeitados e tem notoriedade dentro e fora da ré. Salaria que até a contestação não tinha informação clara sobre qual falta grave teria cometido e que não há nos autos documento oficial que indique a causa de sua demissão. Sustenta que a rescisão é nula, pois a cláusula 29 da CCT colacionada aos autos (fl. 300) prevê que o motivo ensejador da justa causa deve ser explicitado por escrito ao empregado. Ressalta que seu pedido foi indeferido pelo Juízo com apoio em deduções, prova frágil e montada pela ré e contra a prova pericial produzida nos autos. Pontua que a terceira testemunha da ré é "parente", tem interesse na causa e em prejudicá-lo e afirma que esse depoimento deveria ter sido desconsiderado, por ser tendencioso e parcial. Aduz que restou claro que sua demissão ocorreu por razões econômicas, e não porque tenha praticado qualquer ato contra os diretores e/ou contra a instituição.

Salienta que quando a ré começou a ter dificuldades financeiras passou a sofrer perseguições, por inveja e por medo de que se tornasse mais importante que "as pessoas que entendem ser donos e responsáveis pelos projetos". Afirmar que foi vítima de uma farsa, pois foi acusado injusta e arbitrariamente do cometimento de falta grave, que inexistiu. Sustenta que a ré não "quis" que comparecesse para prestar depoimento no inquérito que tramita perante o Núcleo de Combate aos Crimes Cibernéticos. Ressalta que o remetente dos supostos emails foi (...), conforme consta na fl. 428, e que a ré distorce a verdade ao dizer que, em função do que consta na fl. 115 da ata notarial, chegou-se à conclusão de que enviou a carta anônima. Sustenta que esse documento apenas indica que alguém gravou o arquivo no computador de uso compartilhado por ele, que o arquivo foi gravado num domingo, 16/07/2006, data em que sequer tinha acesso ao computador ou à escola e que o inquérito policial a respeito do envio do email foi claro ao apontar que o local de envio da mensagem foi a empresa de (...) e que somente ela, seu irmão e o funcionário (...) tinham acesso ao computador. Afirmar que o perito concluiu que não existe nos autos registro que comprove o conhecimento exclusivo da senha da conta projeto@fundacen.com.br, que não existe cópia do catálogo de endereço a ele associado ou mesmo o programa gerador da mensagem e sua codificação. Aponta a resposta ao quesito 5, em que o perito afirma que inexistem provas de que o endereço de email seja efetivamente do autor. Destaca que, pela resposta do perito ao quesito 16, não é possível afirmar com certeza absoluta, pela análise dos documentos juntados aos autos, inclusive o inquérito policial, que emitiu os emails e criou o documento do word. Requer a reforma da sentença para que se declare que a rescisão ocorreu sem justa causa, com condenação da ré ao pagamento do aviso prévio, férias proporcionais com 1/3, 13º salário, FGTS mais multa de 40%, tudo pelo maior salário devido. Pede a condenação da ré à entrega da guia para saque do FGTS com o código 01, sob pena de expedição de alvará, e a entrega das guias para a percepção do benefício seguro desemprego, sob pena de indenização equivalente a 5 parcelas no valor da maior remuneração do autor.

O julgador convenceu-se que o autor foi responsável pela emissão de correspondências eletrônicas que continham mensagens lesivas à honra de trabalhadores da ré, entre eles o Vice Presidente, e à imagem da própria entidade. Considerou que o autor deixou de comprovar os fatos descritos na petição inicial e que a rescisão por justa causa foi regular:

Assevera o autor que foi dispensado por justa causa sob a alegação de falta grave, inventada pela ré e sequer esclarecida, hipótese que causou constrangimentos perante o círculo de amigos e familiares, afetando a

sua vida pessoal, que ainda tem dificuldades para obter nova colocação profissional com a mesma remuneração após dois anos do ocorrido.

Acrescenta que a partir de 2005 passou a sofrer estresse em razão do ambiente de trabalho, informando que em março do referido ano foi convocado pela Diretora Rosane de Fátima para reunião com esta e a responsável pelo Departamento de Pessoal, Sra. (...), as quais proferiram acusações infundadas e o proibiram de manter conversas com os demais professores da instituição.

Ainda, que em 18-3-2005 a Diretora supra mencionada chamou o autor retirando do Coordenador de Estágios e Coordenador de Projetos a possibilidade de contato direto com o Presidente e Vice Presidente da entidade, sendo obrigado a se reportar diariamente para (...) e (...), fatos que importaram em insônia, desânimo e cansaço, razão pela qual procurou ajuda do Dr. Joaquim da (...), que o auxiliou a suportar e superar parcialmente o problema.

Aduz que em 05/2006 o Vice Presidente, Sr. (...), a quem assessorava, recebendo ordens diretas e resolvendo até mesmo casos particulares, passou a ignorá-lo na instituição, inclusive na frente de colegas, causando constrangimento, e que realizou curso de especialização no intuito de auxiliar a entidade, fato mal aceito pela Diretoria.

Por fim, alega que sempre exerceu suas atividades com zelo e probidade e que em razão dos atos e manifestações da instituição sofreu novos constrangimentos e ofensa à honra e à imagem, passando as pessoas de seu círculo de amizades a tratá-lo quase como um criminoso, postulando a nulidade da dispensa, reversão em dispensa sem justa causa, verbas rescisórias e entrega da guia para fins de seguro desemprego, indenização por danos morais e materiais decorrentes da dispensa por justa causa e do assédio moral e difamação praticados pela instituição.

Em contestação a ré afirma que a justa causa tem por fundamento a prática de atos lesivos à honra e à boa fama da instituição e do Vice Presidente à época, hoje Presidente, Sr. (...), além de inúmeros outros trabalhadores desta, mediante cartas eletrônicas anônimas, constatadas e comprovadas como de autoria do autor por perícia especializada contratada por determinação da ré.

Assevera que as cartas anônimas tinham por conteúdo acusações pífidas, injúrias e tinham por objetivo destruir a integridade moral do Conselheiro Sinval, também importando em agressão à moral dos trabalhadores (...) e do então presidente (...).

Explicita na defesa as diligências realizadas para a constatação da autoria das cartas caluniosas, difamatórias e injuriosas, dentre elas a contratação de perito técnico e abertura de inquérito policial perante a Delegacia de Crimes Cibernéticos - Núcleo de Combate aos Cibercrimes, destacando-se a confirmação do autor em perícia particular como responsável pela gravação do documento produzido no programa Microsoft Word, levado à Ata Notorial, e que o endereço eletrônico utilizado para o envio (corrupcaozaidanvieiraortemeier@pop.com.br, cadastrado sob falsas informações) faz remissão aos Vice Presidente, Presidente e Orientadora Disciplinar à época, Srs. (...).

Derradeiramente, nega a ocorrência de danos morais e materiais ao autor e se ocorridos em decorrência do ambiente de trabalho nunca houve comunicação formal à ré, não cabendo ao autor se beneficiar de sua própria torpeza, negando as proibições ou atos discriminatórios trazidos em inicial, desconhecendo o curso realizado pelo autor, não informado, e que não é razoável que se tivesse tanta certeza das alegações esperasse um ano e 364 dias para interpor a presente demanda.

O autor informa em depoimento que "não foi informado do motivo da sua rescisão, apenas de que havia cometido uma falta grave, sem especificação; (...) era o vice-presidente da ré; o depoente considera que seu relacionamento com (...) era bom, destacando que o representou em muitos eventos, reuniões; no último ano antes da rescisão, (...) começou a evitar o depoente, desviando-se caso o encontrasse no estacionamento, simulando estar falando no celular caso fossem cruzar em algum corredor; o depoente não sabe a razão; o depoente soube por colegas (não sabe declinar nomes) que (...) havia criticado o depoente, dizendo que tivera mau comportamento, mas sem esclarecer o que seria; a partir desses comentários (...) passou a evitar o depoente, inclusive transferindo para a tesoureira (...) a tarefa de pegar assinaturas dos conselheiros em cheques e outros documentos, que anteriormente cabia ao depoente; não teve problemas de relacionamento com nenhum empregado da ré; tomou conhecimento de que circulavam carta anônimas criticando ou fazendo acusações de (...), mas o depoente não se inteirou de tais fatos; destaca que inclusive houve comentário de que uma pessoa estaria distribuindo cópias destas denúncias no portão da ré; não tem lembrança de furto de computador na sala dos professores".

O preposto afirmou que "o autor foi dispensado por justa causa por se ter apurado que ele era o remetente de 03 e-mails difamando o conselheiro (...) e uma carta anônima; a ré apurou que os e-mails eram originários do computador do autor depois de uma perícia realizada nos

computadores da ré; o conteúdo da carta anônima era o mesmo dos e-mails; cada empregado tem o seu computador e senha própria para acessar o sistema; o administrador não tem acesso a todos os computadores; o autor foi ouvido depois que a perícia definiu ser ele o responsável; ... nunca houve proibição para que o autor conversasse com outras pessoas na ré; cada empregado possui um e-mail no sistema da ré, inclusive o autor; além da difamação de (...) não há outras queixas com relação ao autor".

A primeira testemunha do autor informa que "indagado se houve uma reunião convocada pela professora (...) e pelo autor disse que não se recorda de haver participado de tal reunião; não participou de reunião em que o autor teria dito que (...) estava desviando dinheiro e denegrindo o nome da escola; não ouviu o reclamante falar mal da escola nem tomou conhecimento de mensagens eletrônicas com tal conteúdo; também não ouviu nem viu e-mails em que o autor falasse mal de (...); ...o depoente não tomou conhecimento de cartas anônimas falando mal de (...) ou de outros empregados da ré; o depoente pouco se encontrava na ré com o reclamante; indagado se viu ou ouviu (...) tratando mal o autor disse que não teve contatos com o Dr. (...), salvo em uma ou duas palestras que ele proferiu na instituição; também não ouviu comentários de que (...) teria falado mal do reclamante".

A segunda testemunha do autor expressa que "não tem conhecimento sobre os fatos que envolveram a despedida do autor; que durante o período em que trabalhou com o autor nunca ouviu deste ou deste recebeu qualquer mensagem questionando a idoneidade de conselheiro ou diretor da instituição; que nunca foi convidado ou participou de reunião coordenada pelo autor; que participou de uma reunião supostamente convocada por (...), para que fosse participado ao presidente da instituição, Sr. (...), o descontentamento de alguns coordenadores com o vice-presidente, Sr. (...); que não sabe quais os coordenadores que participaram efetivamente desta reunião; que o autor participou desta reunião; ... que trabalhava no mesmo local que o reclamante; que nunca ouviu (...) falando mal do autor; que o depoente também estava descontente com a administração de (...) quando da reunião referida".

Em contraprova a primeira testemunha da ré assevera que "o relacionamento do autor com o presidente (...) era muito bom, não presenciando em nenhuma oportunidade que (...) o tenha tratado mal; em diversas oportunidades a depoente ouviu os professores comentando sobre cartas anônimas; ouviu os professores (...) e (...) dizendo que tais cartas eram recebidas por e-mail, comentando que sempre as cartas eram repassadas pelo autor, bem como que a redação, a linguagem utilizada

parecia ser do autor; comentavam que as cartas diziam que a escola era mal administrada, que (...) desviava verbas; a depoente não leu nenhuma carta; não sabe por quanto tempo estas cartas foram comentadas, mas aproximadamente um ou dois anos; acredita que nesse período o autor estava na ré; reafirma que ouviu professores e funcionários comentando sobre as cartas, acreditando que existissem de fato; como empregado, para a depoente, o autor era um bom colega; ... desconhece o motivo da rescisão do autor".

A segunda testemunha da ré relata que "o autor foi dispensado por ser acusado de enviar cartas anônimas denegrindo a ré; o próprio autor mostrou para o depoente duas cartas anônimas digitadas, alegando que as havia recebido; leu superficialmente as cartas e realmente denegriam a ré e (...); ao ler a segunda carta o depoente já deduziu que foi escrita pelo próprio autor, por conter termos que ele utilizava no dia a dia; não se recorda dos termos; não comentou com ninguém da sua suspeita de que as cartas eram redigidas pelo autor; ouviu comentários de corredor de que outros empregados também haviam recebido cartas, mas não sabe detalhes; não sabe como a ré deduziu que as cartas eram redigidas pelo autor, para dispensá-lo por este motivo; ... o depoente foi convidado pelo autor para participar de uma reunião coordenada pelo autor e pela professora (...), de que participaram os coordenadores dos cursos; na reunião os dois comentaram que era necessário levar ao conhecimento do presidente da instituição que a atuação de (...) estava prejudicando a reputação do colégio; os dois também comentaram que havia desvio de dinheiro por parte de (...); alguns coordenadores de curso concordavam com eles; a maioria dos coordenadores estava presente, não se recordando os nomes; (...) estavam presentes na reunião; não sabe quanto tempo antes da saída do autor foi realizada a reunião; (...) ainda trabalha na ré; na época era orientadora educacional e continua sendo; o presidente da instituição o depoente conhecia por (...); não sabe se foi (...) quem convocou a reunião, destacando que depois dessa reunião o autor e (...) convidaram o depoente para irem até a casa de (...), dizendo que ele tinha algumas coisas a falar com o depoente, mas o depoente se recusou porque concluiu que nada tinha a ver com a reunião; ao que sabe (...) era Conselheiro; o depoente foi promovido a Secretário a convite da diretora do colégio, (...); não sabe precisar por quanto tempo depois das cartas anônimas o autor ainda continuou trabalhando, mas foram meses ou um ano".

A terceira testemunha da ré, (...), expôs que "o depoente presta serviços para a ré desde 2000 ou 2001, como responsável técnico nas áreas de informática e análise de sistemas; o depoente acredita que o autor foi dispensado em razão da expedição de uma carta anônima, via e-mail; o

depoente foi convocado para tentar identificar a origem da carta e quem seria o responsável pela elaboração; o depoente fez a perícia mediante a remessa de cópia do e-mail recebido pelo professor (...), onde havia a carta escrita no word anexada; na perícia o depoente identificou pelas propriedades do documento do word que a carta foi elaborada pelo autor, (...); da perícia foi elaborada a ata notarial de fls. 488/503, sendo que as fls. 502, na segunda tela impressa aparece o nome do autor como responsável pela gravação do documento que está em segundo plano na mesma imagem; caso a pessoa receba um documento do word por e-mail e o marque e copie, gravando em um documento novo do word, o nome da usuário passará a ser da pessoa que fez a cópia/colagem; na hipótese do documento de fls. 502 não ocorreu isso, pois consta a data de criação e de impressão, o tempo demandado para elaboração do documento, de 38 minutos e número de vezes que foi editado (revisões); o depoente leu as cartas e resumidamente tratavam de desvios de verbas, favorecimento de terceiros, por parte de (...); num dos documentos o nome do autor constava como favorecido; o depoente não se abalou por seu nome constar de uma das cartas, pois tinha consciência de que não era verdade; não tem interesse que por esta razão o autor seja punido, mesmo porque o depoente em nada foi prejudicado; com o conhecimento técnico do depoente saberia como fazer para excluir o nome do responsável pela edição ou substituir o verdadeiro por um nome qualquer, mas essa ação ficaria gravada no mesmo documento; destaca que por seu conhecimento, a informação "gravado por (...)" refere a data da criação do documento, não de eventual modificação; o nome que constará no campo "gravado por" será aquele inserido na formatação do computador como de seu proprietário, ou seja, o documento possivelmente não foi gravado na ré, mas no computador particular do autor; seria possível inserir o nome do autor como responsável pelo documento, se alguém tivesse interesse de prejudicá-lo, mas o documento de fls. 502 não permite tal conclusão, em virtude do grande lapso de tempo entre a primeira criação e posteriores modificação e impressão".

Determinada perícia técnica, por solicitação do autor, sobreveio o laudo de fls. 835-841, que em resposta aos quesitos das partes atesta:

"QUESITOS DO AUTOR

5) Quais são as evidências periciais que permitem associar o teor das mensagens constantes das fls. 492/493, com a pessoa do autor?

R.: A única evidência é que a mensagem foi enviada por um usuário de e-mail que se identificou como (...) (projetos@fundacen.com.br). Não

existem provas de que este endereço de e-mail seja o endereço efetivo do autor. É apenas um indício para identificação. Não é possível associar o e-mail à pessoa do autor.

6) O que impede da mesma mensagem não ter sido produzida ou criada por terceiros?

R.: Apenas a senha associada à conta de e-mail. Caso a senha do e-mail seja conhecida por alguém é possível produzir e enviar como se o remetente fosse o proprietário daquela conta de e-mail; ou (em segunda hipótese) que fosse efetuada uma cópia de segurança do catálogo, efetuado um novo cadastramento, disparados os e-mails pretendidos e em seguida restaurado o catálogo anterior.

9) Qual a evidência para se poder relacionar o nome do autor com o ato notarial de fls. 495-503, se existe como se chega a esta conclusão?

R.: Nenhuma.

11) Foi localizado algum computador em que o usuário registrado no Office tem o nome do autor? Se foi encontrado existe alguma associação desta máquina com as referidas mensagens?

R.: Não

QUESITOS DA RÉ

3) Manifeste-se o Sr. Perito sobre o seguinte: (...) encaminhou e-mail (fls. 604) com o documento Word em anexo, documento esse salvo por (...) conforme fls. 611. Assim, pede-se ao Perito se manifeste sobre como poderia o documento salvo pelo Sr. (...) ser enviado por email de terceiros?

R.: O arquivo foi salvo por um usuário que se identificou como (...), não ligando o nome de fantasia do teórico proprietário do computador ao nome efetivo do autor da presente demanda, é apenas um apelido".

Em resposta aos quesitos complementares (fls. 851/852) o Perito esclareceu que "existem evidências que permitem associar as mensagens com o nome utilizado pelo criador da mensagem que coincide com o nome do autor. Pode ser que o autor seja o criador da mensagem ou não. São necessárias mais provas para acusar ou inocentar o autor", a existência de programas voltados à edição do documento objeto de fls. 502 e reafirma que as provas não afastam ou indicam de forma absoluta que o trabalhador seja o autor do documento produzido no software Microsoft Word.

Inicialmente, dos documentos trazidos pela ré, denota-se a apuração da existência de três e-mails com conteúdo calunioso, difamatório e injuriante, representados às Atas Notoriais de fls. 488-494 (reencaminhado por "(...)" - projetos@fundacen.com.br), 495-503 (reencaminhado por (...), à Diretoria da entidade, de e-mail enviado por "(...)" - maps1973@hotmail.com.br -, contendo como anexo o documento "aos professores.doc", supostamente gravado por "(...)") e 600-613 (também encaminhado por "(...)", contendo como anexo o documento "aos professores.doc", supostamente gravado por "(...)").

Constatados os atos lesivos mediante envio de correspondência virtual ocorreu o furto de um dos computadores da ré, localizado na sala dos professores, justamente da máquina que - segundo o técnico (...) e ante a apuração do registro de usuário (fls. 520) - teria sido encaminhado e-mail contendo as acusações objeto, correspondência eletrônica originária do email "corrupcaoxxxx@pop.com.br", datado de 6-5-2005, no horário das 18h50min42, sob IP xxx.146.73.176.

Tal furto confirma que o remetente das cartas era efetivamente trabalhador da ré, o que resta evidente diante do conteúdo das manifestações contidas nas cartas/documentos, concluindo-se que assim procedeu (sumiu com o computador) em razão das investigações que seriam realizadas pela entidade, evitando, por consequência, a coleta de provas.

Interposta demanda cível para quebra de sigilo do IP de computador ou de e-mail de onde se originaram as cartas anônimas (tecnicamente elaboradas por usuário falso), obteve-se informação do provedor onde foi criado o e-mail (POP INTERNET LTDA.) de que "o ip xxx.146.73.176 é possivelmente de um adsl da GVT portanto o POP não tem dados de conexão do mesmo".

No inquérito policial tramitando perante o Núcleo de Combate aos Crimes Cibernéticos - NUCIBER não foi procedida a inquirição do autor, não localizado em nenhum dos endereços informados naquele procedimento (fls. 646-656); porém logrou-se êxito em apurar que o e-mail "maps1973@hotmail.com", com identificação do usuário detentor do endereço de IP xxx.47.17.113, no horário de 12h41min28 do dia 25-8-2006, foi enviado pela linha telefônica com endereço na "R. Comendador Araújo, xxx, lj. 16, Centro, Curitiba - PR", da assinante (...), conforme "Pedido de Quebra de Sigilo de Dados Cadastrais de fls. 657-718, mais precisamente à fls. 679.

Inquirida pelo Delegado da NUCIBER, a Sra. (...) informou que era proprietária de uma loja de equipamentos e acessórios para música eletrônica, sendo o computador desta utilizado pelo irmão da depoente e pelo funcionário (...) e que pelo horário de emissão seria este o suposto emissor, sendo esclarecido ainda que (...) cometeu suicídio.

A existência de correspondências caluniosas, injuriosas e difamatórias é fato inconteste, restando discussão acerca da sua autoria, sendo importante observar que o laudo técnico judicial é cauteloso em suas observações, apenas atestando que das provas produzidas a partir dos e-mail enviados e do documento gerado pelo programa Microsoft Word, descritos nas Atas Notoriais, não é possível afirmar que seria ou não o trabalhador o respectivo autor, o que somente seria possível atestar mediante produção de mais provas.

Neste sentido, observam-se as assertivas da terceira testemunha da ré, que demonstram aspectos relevantes ao caso, frisando que o documento produzido no aplicativo WORD não se trata de mera reprodução do original, mas o próprio, ante as datas de criação e impressão, bem como pelo número de revisões e o tempo despendido para sua confecção (38 minutos) - diferentemente do que ocorreria com a cópia do conteúdo para um novo documento.

Não obstante o Perito informe que o nome de gravação se trata de apelido, é de conhecimento técnico deste Juízo, apontando-se até mesmo erro no laudo apresentado, que diz que "o arquivo foi salvo por um usuário que se identificou como (...), não ligando o nome de fantasia do teórico proprietário do computador ao nome efetivo do autor da presente demanda", posto que não necessariamente o nome do proprietário do computador corresponderá ao constante no campo "Gravado por" do documento, que poderá corresponder ao nome e/ou alcunha informada na instalação do pacote de programas Microsoft OFFICE ou até mesmo por usuários de login específico, caso existente acesso a computadores mediante usuários e senha no âmbito da entidade.

No entanto, a apreciação do conjunto probatório é uníssona a apontar o reclamante como autor das cartas objeto, indicando-se para tanto que as testemunhas evidenciam que este iniciava frente de oposição à Diretoria e Presidência existente à época, ficando clara a animosidade ao conclamar os demais trabalhadores para participar de reunião por ele presidida, em conjunto com a Sra. (...).

Destaca-se que não se convence o Juízo de que o autor não tivesse conhecimento do fundamento da dispensa por justa causa, seja pela gravidade dos fatos, seja porque não se confirmam quaisquer das hipóteses fáticas narradas à inicial, inclusive quanto à ocorrência de discriminação ou de assédio moral, aos quais somente subsistem a lacunosa e divergente tese da parte autora.

Observa-se que o autor sustenta em inicial que em 03/2005 a Diretora (...) retirou as prerrogativas de tratar diretamente com o Presidente e Vice Presidente da Instituição, ficando o trabalhador submisso à Professora (...) e à Sra. (...), e que em 05/2006 o Vice Presidente, a quem assessorava (supostamente recebendo ordens e atendendo a casos particulares), passou a ignorá-lo na empresa, constatando-se flagrante divergência, pois, se desde 03/2005 não mantinha vínculo com o Superior Hierárquico, o segundo fato se caracterizaria impossível.

No antepenúltimo parágrafo de fls. 06, embora alegue desconhecer e não ter sido informada a falta grave, aduz que "não leva em consideração do empregador, que se vale da alegação de cometimento de falta grave, no caso improbidade" e no primeiro parágrafo de fls. 07 afirma que a Diretora da entidade e a responsável pelo Departamento Pessoal fizeram "acusações infundadas", restando vazia a alegação, que não especifica quais seriam as acusações, não havendo qualquer prova de que teria sido realmente proibido da se manifestar no ambiente de trabalho.

No mais, ainda que seja possível acesso ao e-mail por terceiros, por invasão ou por conhecimento de senha, não é razoável que o autor se descuidasse a ponto de possibilitar o envio do e-mail de fls. 488-494, sem formular qualquer observação ou insurgência na época dos fatos.

Em continuidade, além do documento gerado pelo programa Microsoft WORD indicar (...) como usuário que o gravou, posto que o campo "gravado por" difere da simples anotação de autoria (que pode ser realizada pelas propriedades do documento), as testemunhas da ré relatam que o estilo redacional era compatível com a linguagem habitualmente empregada por (...), nada esclarecendo as testemunhas do autor, que nada acrescentam acerca dos fatos ora objeto.

De forma sucinta, o autor manifestou perante terceiros, colegas de trabalho, a intenção de, no mínimo, apresentar oposição e questionar os atos da Presidência e Diretoria da ré, uma das correspondências eletrônicas é exatamente em nome do autor, encaminhada de sua conta profissional (jumail@fundacen.com.br) e de acesso restrito, constatou-se que o documento gerado no WORD foi gravado pela alcunha "(...)" e não há qualquer prova a dar amparo à tese e aos fatos descritos em inicial, concluindo-se que as provas existentes à época eram suficientes para

justificar a dispensa por justa causa.

Ademais, observa-se que os fatos lesivos também são prejudiciais à Sra. (...), não sendo coerente que publicasse situações que lhe viessem prejudicar, bem como não é razoável que usuários intermediários e desprovidos de experiência técnica viessem tanto a burlar a segurança do e-mail do autor, como manipular a elaboração de documento, como forma de o prejudicar, e que este ainda quase deixasse transcorrer o prazo prescricional, haja vista que protocolizou a presente demanda um dia antes da data limite, para postular a nulidade do pedido de dispensa por justa causa e a respectiva indenização de danos morais e materiais, caso entendesse ter sido prejudicado por fatos infundados.

Por cautela, conquanto se verifique que um dos e-mail foi supostamente enviado pelo falecido (...), o conteúdo era sempre repassado por documento em anexo, justamente confeccionado no aplicativo WORD, não sendo hipótese de exclusão de culpa, até mesmo porque estava sendo amplamente encaminhado na internet, mediante diversos e-mail falsos e continha assuntos de natureza interna da entidade, que obviamente não seriam de conhecimento de pessoas alheias àquela estrutura e administração.

Quanto ao curso de especialização realizado pelo autor, não demonstra que o fez a pedido da ré ou que esta teve conhecimento da realização, presumindo-se que o foi por interesse pessoal, posto que importa em aperfeiçoamento, não possuindo o trabalhador qualquer direito deste decorrente e não se observa nos autos discussão acerca da capacidade profissional do autor ou do relacionamento interpessoal alheio aos atos lesivos à honra, os quais até mesmo constituem ilícito penal, motivo pelo qual as declarações de fls. 67-71 em nada auxiliam a deslinde do feito.

Verifica-se, por fim, que embora traga os documentos e atestados de fls. 61-64, não há nenhuma prova que comprove nexos causais entre a suposta doença de origem psicológica e as atividades desenvolvidas na ré.

Posto isto, considerando que o conjunto probatório aponta o autor como responsável pelas correspondências eletrônicas contendo mensagens lesivas à honra subjetiva e objetiva de trabalhadores, dentre eles o Vice Presidente da Ré, e da honra objetiva da própria entidade, regular a rescisão por justa causa, deixando o autor de comprovar os fatos descritos na inicial e a ocorrência de danos morais ou materiais decorrentes de atos praticados pela da ré.

Rejeitam-se os pedidos formulados nos itens "i" a "m" da inicial.

A ré, na contestação, alegou que a demissão do autor ocorreu por justa causa, pelo cometimento de ato lesivo à sua honra e à honra e boa fama de seus empregados. Afirmou que após o trabalho de investigação realizado por um especialista em informática por ela contratado, convenceu-se de que o autor criou e emitiu cartas anônimas ofensivas a diversos trabalhadores da instituição.

O ônus da prova da justa causa para o rompimento do contrato de trabalho compete à parte que a alegar, a teor dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Assim, cabe ao empregador demonstrar a ocorrência dos motivos ensejadores da despedida por justa causa, da mesma forma que cabe ao empregado comprovar os motivos alegados para o pedido de rescisão indireta do pacto laboral, por se tratar de fato constitutivo de seu direito.

A justa causa imputada ao empregado, como fato ensejador da ruptura contratual atrela o empregador e deve ser demonstrada, de forma convincente, sob pena de desrespeito ao princípio da continuidade da relação de emprego.

Na hipótese, considerando o conjunto probatório dos autos, entendo que a ré não se desincumbiu do ônus de comprovar que o autor criou e emitiu as correspondências eletrônicas que continham ofensas a honra de seus empregados e à sua boa fama. Os trechos a seguir destacados do laudo pericial e dos esclarecimentos ao laudo evidenciam a impossibilidade de se atribuir, com absoluta certeza, a autoria das correspondências eletrônicas ao autor:

"A única evidência é que esta mensagem foi enviada por um usuário de e-mail que se identificou como (...) (projetos@fundacen.com.br). Não existem provas de que este endereço de e-mail seja o endereço efetivo do autor. É apenas um indício para identificação. Não é possível associar o e-mail à pessoa do autor (fl. 837) (...) Caso a senha do e-mail seja conhecida por alguém é possível produzir e enviar como se o remetente fosse o proprietário daquela conta de e-mail; ou (em segunda hipótese) que fosse efetuada uma cópia de segurança do catálogo, efetuado um novo cadastro, disparados os emails pretendidos e em seguida restaurado o catálogo anterior (fl. 838) (...) Não existem evidências periciais que permitam associar, sem erro, o teor das mensagens com a pessoa do autor. Existem evidências que permitem associar as mensagens como nome utilizado pelo criador da mensagem que coincide com

"(...) considerando o conjunto probatório dos autos, entendo que a ré não se desincumbiu do ônus de comprovar que o autor criou e emitiu as correspondências eletrônicas que continham ofensas a honra de seus empregados e à sua boa fama."

o nome do autor. Pode ser que o autor seja o criador da mensagem ou não. (...) Temos a identificação de um nome, apenas um nome que é informado em tempo de instalação dos softwares e criação de contas de email, são apenas nome que são arbitrados, simples apelidos. Este email foi enviado por um computador que estava se identificando como se fosse de (...), podendo ser o computador do autor ou não"(fl. 852)"

A prova oral, da mesma maneira, não confirma a tese da defesa, como se observa dos trechos dos depoimentos da primeira e segunda testemunhas da ré. Estas demonstraram que, por parte delas, havia apenas a suspeita de que a autoria dos emails fosse do autor, o que não tem força suficiente para afastar sua presunção de inocência. A primeira testemunha declarou:

"em diversas oportunidades a depoente ouviu os professores comentando sobre cartas anônimas; ouviu os professores (...) dizendo que tais cartas eram recebidas por e-mail, comentando que sempre as cartas eram repassadas pelo autor, bem como que a redação, a linguagem utilizada parecia ser do autor; comentavam que as cartas diziam que a escola era mal administrada, que (...) desviava verbas; a depoente não leu nenhuma carta".

A segunda testemunha, por sua vez, declinou:

"o autor foi dispensado por ser acusado de enviar cartas anônimas denegando a ré; o próprio autor mostrou para o depoente duas cartas anônimas digitadas, alegando que as havia recebido; leu superficialmente as cartas e realmente denegavam a ré e (...); ao ler a segunda carta o depoente já deduziu que foi escrita pelo próprio autor, por conter termos que ele utilizava no dia a dia; não se recorda dos termos; não comentou com ninguém da sua suspeita de que as cartas eram redigidas pelo autor; ouviu comentários de corredor de que outros empregados também haviam recebido cartas, mas não sabe detalhes; não sabe como a ré deduziu que as cartas eram redigidas pelo autor, para dispensá-lo por este motivo".

O depoimento da terceira testemunha da ré deve ser analisado com reservas, pois não se pode descartar a possibilidade de que tenha interesse no reconhecimento da responsabilidade do autor pela criação

e divulgação dos emails, já que foi contratada pela ré para investigar a autoria desses atos e concluiu que seria do autor.

Além do que, o nome da terceira testemunha da ré constou nas correspondências eletrônicas. Considero que a opção de escolhê-la para proceder à investigação da autoria dos emails não foi a mais adequada, do ponto de vista da imparcialidade necessária a essa tarefa, pois abriu espaço para que se questionasse sua isenção de ânimo.

Provejo para reverter o motivo da rescisão, de justa causa para sem justa causa, e condenar a ré ao pagamento ao autor do aviso prévio, conforme cláusula 28 da CCT 2006/2007, férias proporcional com 1/3, 13 salário, FGTS e multa de 40% sobre o FGTS, à entrega da guia para saque do FGTS com o código 01, sob pena de expedição do competente alvará, e à entrega das guias para a percepção do benefício do seguro desemprego, sob pena da conversão em indenização substitutiva.

[...]

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

A C O R D A M os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para: a) reverter o motivo da rescisão, de justa causa para sem justa causa e condenar a ré ao pagamento do aviso prévio, conforme cláusula 28 da CCT 2006/2007, férias proporcional com 1/3, 13 salário, FGTS e multa de 40% sobre o FGTS, à entrega da guia para saque do FGTS com o código 01, sob pena de expedição do competente alvará, e à entrega das guias para a percepção do benefício do seguro desemprego, sob pena da conversão em indenização substitutiva; b) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da indevida justa causa atribuída ao autor, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com juros de mora e correção monetária a partir da data deste julgamento e c) deferir honorários advocatícios, no importe de 15%, sobre o valor líquido da condenação; tudo nos termos da fundamentação. Custas acrescidas, de R\$ 400,00 sobre o valor de R\$ 20.000,00.

Intimem-se.

Curitiba, 05 de julho de 2011.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Desembargadora Relatora

Acórdão

Desembargador Marco Antônio Vianna Mansur

Acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Publicado em 26/06/2012, Relator Marco Antônio Vianna Mansur.



VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **01ª VARA DO TRABALHO DE ARAUCÁRIA - PR**, tendo como parte Recorrente (autor) e parte Recorrida (ré).

I. RELATÓRIO

Inconformada com a sentença proferida pelo Juiz Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira (fls. 86-95), que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na Inicial, recorre a parte autora a este Tribunal.

O Reclamante (...), por meio do Recurso Ordinário de fls. 96-101, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: a) Indenização por danos morais; e b) Honorários advocatícios.

[...]

2. MÉRITO

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Consta da r. sentença (fls. 87-90):

1.1. DO DANO MORAL. Diz o autor que foi demitido após a divulgação de um email forjado onde aparece como mentor de um complô para assumir a gerência em detrimento da pessoa que época respondia pelo cargo. Salienta que apesar de não ter sido demitido por justa causa, a ré se excedeu dolosamente no exercício do seu direito ao divulgar a outras empresas referida correspondência eletrônica, o que vem lhe prejudicando em conseguir nova colocação no mercado de trabalho. Com base nestes

argumentos postula indenização por danos morais, devendo valor ser fixado pelo Juízo. A ré, em síntese, diz que jamais acusou o autor de ter escrito email com finalidade de formar complô, muito menos divulgou esta informação a terceiros para prejudicar sua imagem profissional. No que tange às provas disse o autor que: "o email a fls. 16 foi de uma colega de trabalho para a gerente dele; quando a empresa o dispensou não falou que era devido o email; quem falou para ele depois foi a própria pessoa que mandou o email e o pessoal do RH; (...) depois que saiu de lá tentou em outra empresa e acha que não conseguiu porque fizeram contato com a ré; desde lá está inativo; era a empresa (...); ele já tinha alguma experiência nesse ramo; tinha vaga na empresa, mas ele acredita que a ré deu referência negativa; o ramo é relativamente pequeno com relação a tintas; ele tem um cunhado que trabalha em outra empresa e por isso sabe que os fatos foram divulgados; na área de máquinas do segmento dele também ficaram sabendo; foram funcionários da ré que divulgaram, não foi nenhum da direção; ao que sabe não existe lista negra no ramo; foram duas pessoas dispensadas na época e ele não sabe o motivo; foi mandado embora de repente, sem possibilidade de ter maior contato com as demais pessoas; (...) foi mandada embora logo em seguida e passou para o depoente o email". De outro lado as declarações do preposto foram no sentido de que "a empresa teve ciência do email a fls. 16 antes do autor ser mandado embora e houve tentativa de descobrir de onde partiu, mas não descobriram; para o RH ninguém pediu referência do autor". As testemunhas convidadas pelo autor nada esclareceram a respeito de divulgação do email a outras empresas, ou ainda que a ré tenha fornecido informações desabonadoras que tivessem obstado o autor de prosseguir com sua carreira profissional. A testemunha (...) se limitou a dizer que "o email as fls. 16 saiu da caixa de entrada dela, mas não foi a depoente quem escreveu; veio de uma caixa postal de fora da empresa e a senha era o sobrenome deles". A testemunha (...), também convidado pelo autor esclareceu que "foi mandado embora dois dias depois do autor; havia comentários na firma em função do email; como o nome dele também estava citado no email o

pessoal também o afastou, por exemplo, na hora do almoço". O preposto teve conhecimento a respeito do teor do email trazido com a inicial, e incontrovertidamente a rescisão ocorreu sem justa causa, tendo a ré exercido seu direito potestativo. Todavia, inexistem provas de que após a rescisão a ré tenha fornecido informações desabonadoras a respeito do autor, ou mesmo veiculado o teor do email. Os comentários mencionados pela testemunha (...) não são suficientes para atribuir qualquer culpa à ré, eis que não esclareceu de quem partiu tais comentários, se de representantes da ré ou dos próprios envolvidos (autor ou (...)). Sequer esclareceu a respeito do alcance dos fatos. Tivesse o réu incorrido na conduta descrita na inicial por certo que haveria condenação por danos morais. O empregador não está obrigado a prestar informações sobre o ex empregado, mas ao fazê-lo não pode prestar informes que comprometam a vida profissional do trabalhador. Conforme já fundamentado, o autor não logrou provar as alegações. Diante do exposto, rejeito o pedido de indenização por danos morais. Rejeito.

Irresignado, afirma o Reclamante que, no presente caso, é aplicável a confissão ficta à Reclamada, uma vez que levou à Audiência preposta que não tinha conhecimento do seu dia a dia ou mesmo dos fatos articulados na Inicial.

Aduz que, com relação à difamação sofrida, o preposto afirmou que "para o RH ninguém pediu referência do autor", ou seja, o preposto não sabia se haviam pedido referência a outros setores da Reclamada. Ressalta que quem daria informações e referências de seu trabalho não seria o Sr. (...) (preposto que compareceu à Audiência), mas sim o superior que diretamente gerenciou seu trabalho durante a contratualidade.

Alega que, quando requereu o depoimento pessoal do preposto, tinha esperanças de saber o que foi dito pela Reclamada quando outra empresa lhe pediu referências de seus serviços. Sustenta que era dever da Reclamada levar à Audiência de Instrução, para prestar depoimento, um funcionário que tivesse conhecimento do labor do Reclamante e dos fatos narrados na Inicial, nos termos do artigo 843, §1º da CLT.

Requer a aplicação da confissão ficta aos fatos articulados na Inicial com relação ao pedido de danos morais. A confissão ficta, ressalta, gera

presunção relativa com relação aos fatos articulados na Inicial e somente pode ser elidida por prova em contrário, que se observa ausente nestes autos (fls. 98-100).

Analiso.

Em sua Inicial, o Reclamante aduz (fls. 03):

O Reclamante laborou na Reclamada durante pouco mais de um ano e foi demitido sem justa causa após a divulgação de um email forjado (em anexo) em que aparece como suposto mentor de um complô para tomar o cargo de sua gerente. (...). O que ocorreu é que alguém utilizou indevidamente o endereço eletrônico de sua colega, e forjou o email, que inclusive, após averiguações, verificou-se que o email partiu de ambiente externo a empresa.

Assim, após a divulgação deste email, o reclamante foi demitido, o que não ensejaria o direito de indenização ao autor contra a reclamada, ainda que o email fosse fraudulento, ante ao direito potestativo da empresa em demitir seus empregados. No entanto, a reclamada excedeu dolosamente no exercício de seu direito de direção da empresa quando divulgou a outras empresas referido email, e prejudicou o reclamante na busca de nova colocação no mercado de trabalho.

O reclamante passou então a fazer parte de uma "lista negra" do ramo de atuação no qual laborava, não conseguindo se realocar no ramo no qual já tinha experiência, o que sem dúvida lhe gerou danos morais e também materiais (não demonstráveis, ante à peculiaridade da situação).

Por sua vez, assevera a Reclamada, em sua Contestação (fls. 55-56):

Inicialmente, como reconhece a própria petição inicial, a dispensa do Reclamante foi sem justa causa, o que afasta o direito de eventual condenação por dispensa abusiva (...). Ademais, informa a Reclamada que jamais acusou o Reclamante de ter escrito e-mail com a finalidade de formar complô, muito menos divulgou esta informação para outras empresas para prejudicar a sua nova colocação no mercado de trabalho, sendo fantasiosas tais alegações.

Ainda, impugna-se a alegação de que o Reclamante estaria em uma "lista negra" do ramo em que atua. Primeiro porque a Reclamada desconhece a própria existência de tal lista; segundo porque não passou qualquer informação a respeito do Reclamante para qualquer outra empresa ou terceiros.

"O reclamante passou então a fazer parte de uma "lista negra" do ramo de atuação no qual laborava, não conseguindo se realocar no ramo no qual já tinha experiência, o que sem dúvida lhe gerou danos morais e também materiais (não demonstráveis, ante à peculiaridade da situação)."

A prova oral, consistente nos depoimentos pessoais do Autor e do preposto da Ré e na oitiva de testemunhas, foi produzida em Audiência de Instrução, realizada em 24/08/2011, perante o D. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Araucária/PR (Ata de Audiência de fls. 82-84). Vejamos:

Depoimento pessoal do(a) autor(a): o e-mail a fls. 16 foi de uma colega de trabalho para a gerente dele; quando a empresa o dispensou não falou que era devido o e-mail; quem falou para ele depois foi a própria pessoa que mandou o e-mail e o pessoal do RH [sem destaques no original]; viajava duas a três vezes por semana e o resto ativo dentro da empresa; não tinha controle de horário; a empresa tinha possibilidade de controle porque tinha relatórios e celular da empresa; trabalhava das 08h00 as 18h00, com 1 hora de almoço; viajava para Santa Catarina, Rio Grande do Sul, MG e São Paulo em horários variados nem sempre em horário de expediente; depois que saiu de lá tentou em outra empresa e acha que não conseguiu porque fizeram contato com a ré; desde lá está inativo [sem destaques no original]; era a empresa Yamanáutica; ele já tinha alguma experiência nesse ramo; tinha vaga na empresa, mas ele acredita que a ré deu referência negativa [sem destaques no original]; o ramo é relativamente pequeno com relação a tintas; ele tem um cunhado que trabalha em outra empresa e por isso sabe que os fatos foram divulgados; na área de máquinas do segmento dele também ficaram sabendo; foram funcionários da ré que divulgaram, não foi nenhum da direção; ao que sabe não existe lista negra no ramo; foram duas pessoas dispensadas na época e ele não sabe o motivo; foi mandado embora de repente, sem possibilidade de ter maior contato com as demais pessoas; (...) foi mandada embora logo em seguida e passou para o depoente o e-mail [sem destaques no original]; precisava de autorização para deixar a empresa durante o dia; nunca aconteceu de sair durante o expediente que não fosse em viagem; não tinha dia certo para sair em viagem, inclusive sábados e domingos; no relatório de viagem constava a passagem aérea e locações de veículos; as viagens levavam de 1 a 3 dias; fora o relatório não se reportava a empresa durante a viagem; nada mais.

Depoimento pessoal do preposto do(s) réu(s): 40% do tempo era interno; o RH não tinha como sabe se o

autor estava trabalhando quando ele estava externo; não sabe quantas viagens o autor fazia por semana; não sabe os horários das viagens; quando não estava em viagem o autor cumpria o horário comercial; acredita que houvesse relatório de viagem, mas o RH não tinha acesso; isso tudo era com o departamento financeiro; o autor foi mandado embora por reestruturação de setor e umas 12 pessoas foram junto; a empresa teve ciência do e-mail a fls. 16 antes do autor ser mandado embora e houve tentativa de descobrir de onde partiu, mas não descobriram; para o RH ninguém pediu referência do autor [sem destaques no original]; acredita que o autor fazia venda de produtos; o autor era vendedor técnico; não sabe ao certo das atividades do autor, mas sabe que ele fazia alguma coisa interna; a ordem para as viagens partia da gerente comercial; o autor também poderia fazer prospecção de novos clientes; não sabe se o autor tinha celular da empresa; nada mais.

Primeira testemunha do autor: (...), identidade nº 6.126.433-7, casado(a), nascida em 21/12/1977, química industrial, residente e domiciliado(a) na Rua (...), 900, bloco 5, apto 24, Curitiba/PR. Contraditada a testemunha sob a alegação de amizade íntima. Diz que não teve contato fora do trabalho e da questão do e-mail e para procurar o advogado, entrou com ação contra a empresa; a depoente foi mandada embora em face do documento a fls. 16, não foi por justa causa; o diretor dela falou que foi em função do e-mail; tendo em vista a situação acima, será ouvida como informante porque tem ação em que é exatamente o mesmo fato, sendo que inclusive a contradita se confunde com o mérito. Inquirida respondeu: " o e-mail as fls. 16 saiu da caixa de entrada dela, mas não foi a depoente quem escreveu; veio de uma caixa postal de fora da empresa e a senha era o sobrenome deles; nada mais[sem destaques no original].

Segunda testemunha do autor: (...), identidade nº 8.019.370-0, casado(a), nascido em 10/09/1982, motoboy, residente e domiciliado(a) na (...), s/n, Mandirituba/PR. Contraditado por ser cunhado do autor, o que implicaria impedimento e amizade íntima. De plano não seria o caso de impedimento em face de já haver jurisprudência de não ser parente na acepção legal. Diz que não é cunhado; diz que não via o autor

frequentemente; já foi na casa do autor, mas não se acha amigo; já teve relacionamento com a irmã do autor, mas não tinha contato com o autor porque os irmãos são meio separados; namorou com a irmã do autor por 1 a 2 anos; faz mais de ano que não foi na casa do autor; na época do namoro o autor não morava com a irmã; encontrava o autor com quase nenhuma frequência nessa época; nunca frequentou festas com o autor; foi o autor quem o indicou para trabalhar na empresa. Indefiro por ausência de prova cabal da amizade, embora a situação poderá ser observada no decorrer e para valoração do depoimento. Protestos da ré de estilo. Advertida e compromissada. Depoimento: "trabalhou de janeiro a novembro de 2010 na ré; foi mandado embora dois dias depois do autor; havia comentários na firma em função do e-mail; como o nome dele também estava citado no e-mail o pessoal também o afastou, por exemplo, na hora do almoço [sem destaques no original]; o autor era vendedor técnico; o autor não efetuava vendas, mas apenas verificação dos produtos; o autor viajava bastante e o tempo interno e externo variava bastante; a ordem para as viagens vinha da gerência; nada mais.

Primeira testemunha do réu: (...), identidade nº 7.197.393-0, casada, nascida em 01/11/1981, engenheira química, residente e domiciliado(a) na Rua (...), 443, sobrado 19, Curitiba/PR. Advertida e compromissada. Depoimento: "outros funcionários foram dispensados na mesma época que o autor; foram 10 a 12 pessoas em 45 dias [sem destaques no original]; as feiras ocorriam durante a semana; eventualmente poderiam ocorrer em final de semana; não sabe se o autor entregava relatório de viagem; as feiras ocorriam das 10h00 as 19h00; a depoente é funcionária da ré e conhece o autor de lá; o autor fazia assistência técnica e não fazia vendas; já haviam clientes prévios para as visitas; o autor foi dispensado por causa de uma reestruturação interna na empresa; não ouviu boatos sobre isso [sem destaques no original]; nada mais.

Pois bem.

Motivos não existem para aplicação da pena de confissão ficta à Reclamada. Não apresentou o preposto da Ré, ao contrário do que afirma

o Recorrente, desconhecimento sobre os fatos que ensejariam a concessão de indenização por danos morais.

O Autor pleiteia a condenação da Ré sob a alegação de que foram dadas referências ruins a seu respeito, a outras empresas, com divulgação de um e-mail forjado, em que aparece como suposto mentor de um complô para tomar o cargo de sua gerente. O preposto da Ré, em seu depoimento, aduz: "... o autor foi mandado embora por reestruturação de setor e umas 12 pessoas foram junto; a empresa teve ciência do e-mail a fls. 16 antes do autor ser mandado embora e houve tentativa de descobrir de onde partiu, mas não descobriram; para o RH ninguém pediu referência do autor ..." (fls. 83).

Como se vê, não alega o preposto desconhecimento dos fatos. Afirma, apenas, que nenhuma empresa pediu referência sobre o Autor ao RH (e, conseqüentemente, não houve divulgação de informações desabonadoras a seu respeito).

Por este motivo, impossível a aplicação da pena de confissão ficta à Demandada.

Impende asseverar, ainda, por oportuno, que não se dedicou o Demandante a comprovar as alegações por ele formuladas em sua Inicial, ônus que lhe incumbia, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

A primeira testemunha por ele arrolada, ouvida apenas como informante, nada confirma acerca da divulgação de informações por parte da empresa ou da concessão de referências ruins a respeito do Autor. A segunda testemunha, da mesma forma, nada aduz quanto a estes fatos, limitando-se a afirmar que: "...foi mandado embora dois dias depois do autor; havia comentários na firma em função do e-mail; como o nome dele também estava citado no e-mail o pessoal também o afastou, por exemplo, na hora do almoço ..." (fls. 83).

O próprio Demandante, em seu depoimento, não demonstra certeza quanto às alegações formuladas na exordial. Vejamos: "...depois que saiu de lá tentou em outra empresa e acha que não conseguiu porque fizeram contato com a ré; desde lá está inativo; (...) tinha vaga na empresa, mas ele acredita que a ré deu referência negativa ..." (fls. 82). Observa-se, assim, que o Autor apenas acredita que foram repassadas informações ruins, a seu respeito, pela empresa. Outrossim, informa que "... ao que sabe não existe lista negra no ramo ..." (fls. 82), em flagrante contradição com as alegações formuladas na Inicial.

Não se observa, assim, dano indenizável no presente caso a ensejar a concessão, ao Autor, de indenização por danos morais.

Ante todo o exposto, por inexistirem confissão ficta da Reclamada e provas de que tenha a Ré fornecido informações desabonadoras sobre o Autor, ou mesmo veiculado o e-mail forjado, imperiosa se mostra a manutenção da r. sentença.

Nego provimento.

[...]

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**, nos termos da fundamentação;

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 06 de junho de 2012.

MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR
JUIZ RELATOR

Acórdão

Desembargadora Sueli Gil El Rafihi

Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Publicado no DJPR em 05-04-2013, Relator Desembargadora Sueli Gil El Rafihi.



VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM.ª 02ª VARA DO TRABALHO DE GUARAPUAVA - PR**, sendo Recorrente (autora) e Recorrido (ré).

I. RELATÓRIO

Inconformada com a r. sentença de fls. 1953-1967, complementada pela decisão resolutive de embargos de fls. 1969-1970, ambas proferidas pela Exma. Juíza do Trabalho Marieta Jesusa da Silva Arretche, que rejeitou os pedidos, recorre a parte autora.

[...]

2. MÉRITO

[...]

b. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA

Não se conforma, a parte autora, com a r. sentença que manteve a justa causa aplicada pela ré. Requer a reforma da decisão, com a reversão da dispensa por justa causa, bem como as demais verbas dela decorrentes.

Razão não lhe assiste.

Assim constou na r. decisão sobre a matéria:

"Por conseguinte, restam configuradas as condutas previstas no artigo 482, alíneas "a", "b", "e" e "h" da CLT, razão pela qual mantenho a justa causa aplicada pela ré em 18/03/2010. Rejeito, por consequência legal, o pedido voltado ao recebimento de aviso prévio indenizado,

férias, 13º salário proporcional, multa de 40% sobre FGTS, entrega das guias para saque do FGTS e habilitação junto ao programa do seguro desemprego." (fl.1957).

Primeiramente, no que tange à dispensa por justa causa, registra-se que o artigo 2º da CLT concede ao empregador o poder de dirigir a prestação dos serviços. Este poder diretivo é a exteriorização e a concretização do poder hierárquico inerente à condição de empregador, eis que é através daquele que o empregador fixa as diretrizes da empresa e os modos como deseja verem alcançados seus fins e a prestação laboral.

Além deste poder diretivo, a autoridade do empregador se manifesta sobre outra vertente: o poder disciplinar, sendo que no Direito Laboral pátrio, as penas admitidas são a advertência, suspensão e a despedida por justa causa. As duas primeiras possuem tanto caráter punitivo, quanto preventivo. Já a última só tem como fim a punição.

A justa causa, em sentido amplo, comporta definição no seguinte sentido: consequência advinda de ato ilícito de uma das partes contratantes, que, segundo sua natureza ou repetição, representa séria violação dos deveres inerentes ao contrato, autorizando o rompimento da relação empregatícia, sem ônus para a parte que não deu ensejo à rescisão. Justa causa "é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho, por culpa do sujeito contratual comitente da infração" (Delgado, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1180).

No caso sob exame, o reclamante foi dispensado por justa causa, em 18/03/2010, com fulcro no artigo 482, "a", "b", "e" e "h" da CLT, *"em razão de ter cometido inúmeras faltas conforme demonstrado pelo Relatório de Auditoria emitido pela Central Unicred do Paraná e Mato Grosso do Sul concluído nesta data, e, também, conforme provas colhidas no Inquérito Policial em andamento [...]"*, conforme demonstra o aviso de desligamento de fl. 122.

Contrapondo as alegações iniciais, em contestação, a ré esclareceu:

"Ocorreu que em dezembro/2009 a Reclamada recebeu denúncia de funcionários e também de cooperados quanto a saldos incorretos em suas contas bancárias, passando a apurar tais fatos, vindo a deparar-se com um verdadeiro golpe perpetrado com a participação efetiva da Reclamante, havendo inúmeras provas já produzidas [...]."

Pois bem. Diante disso a Reclamante foi afastada cautelarmente de suas funções a fim de que a Reclamada pudesse apurar os fatos [...], procedendo a uma complexa auditoria interna que, em 18/01/2010, foi constatada a existência de efetivo desvio de numerário, bem como que várias movimentações não autorizadas ocorridas na conta do cooperado foram realizadas pelos usuários... e (...).

[...]

No dia 06/01/2010, a Reclamante enviou atestado médico por período que não ensejava afastamento pelo INSS, e ato contínuo, lhe foi deferido o direito de férias [...].

Nesse ínterim, a empresa Reclamada teve tempo para apurar devidamente as denúncias que atingiam a Reclamante, e tendo sido instaurado devido Inquérito Policial em 29/12/2009 e colhidos vários depoimentos testemunhais, bem como efetuada perícia grafotécnica atestando a falsificação de documentos pela Reclamante, vislumbrou, indene de dúvida, a necessidade intransponível de dispensar a Obreira por justa causa. (fls.244/245 - destaquei)

Observo que, por constituir exceção ao princípio da continuidade da relação do emprego e fato impeditivo do direito às verbas decorrentes da dispensa imotivada, competia à reclamada, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, comprovar a falta grave atribuída ao empregado, ônus do qual se desincumbiu satisfatoriamente.

Assim, no caso, há provas no sentido de que houve desvio de dinheiro pela autora, considerando as auditorias às fls. 383/422 e 1746/1870, quebra de sigilo bancário e fiscal e laudos de exame grafotécnicos às fls. 816/897. Ainda que se considere que vige no sistema pátrio o princípio de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, trata-se de premissa válida para a área penal. Para fins trabalhistas, não importa a real condenação criminal do autor, pois o que está em jogo é a quebra de confiança necessária para permanecer o pacto de labor.

Dessa forma, conforme claramente apontado no documento do aviso rescisório, bem como confirmado pelas provas colhidas nos autos, a justa causa deu-se em razão da utilização de meios fraudulentos para fins de desvio de recursos, com intuito de obter vantagem ilícita. Ensejando, assim, a propositura de denúncia criminal pela conduta tipificada nos

artigos 155, § 4º, inciso II c/c artigo 71, ambos do Código Penal, tendo a autora como uma das denunciadas (fls. 492/503).

Essa situação enquadra-se perfeitamente nas figuras de improbidade, desídia, incontinência e mau procedimento, indisciplina e insubordinação, respectivamente referidas nas alíneas "a", "b", "e" e "h" do artigo 482 da CLT, senão vejamos:

Conforme Maurício Godinho Delgado, o **ato de improbidade** trata de *"conduta faltosa obreira que provoque dano ao patrimônio empresarial ou de terceiro, em função de comportamento vinculado ao contrato de trabalho, com o objetivo de alcançar vantagem para si ou para outrem"* (Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. p. 1098).

Ainda, mediante extensas auditorias realizadas às fls. 383/422 e 1746/1870, restou confirmada a fraude praticada no ano de 2004 a 2009, consistindo num "desvio criminoso de recursos alocados em aplicações financeiras ou conta corrente de diversos cooperados por meio de fictícios 'avisos de débito' ou 'débito autorizado' junto ao caixa do estabelecimento no qual a autora gerenciava, conforme elencado na relação juntada na fl.410" (fl.1955).

Conforme laudo de exame grafotécnico às fls. 816/897, concluiu-se pela existência de falsificação gráfica de documentos da empresa como contratos e cheques, por autoria da reclamante.

Observo que a atitude de falsificar documentos com objetivo de encobrir qualquer ato ilícito implica quebra da confiança necessária à relação de trabalho, ainda mais em se tratando, no caso da autora, de cargo de gerência, ou seja, a gestora manipulava diretamente valores vultosos e movimentações constantes de operações em conta corrente. Assim, a dispensa por justa causa se mostra plenamente cabível, sendo, inclusive, proporcional à gravidade da infração.

Desta fraude, resultou um desfalque para empresa num valor estimado inicialmente de **R\$1.724.926,60 (um milhão setecentos e vinte e quatro mil novecentos e vinte e seis reais e sessenta centavos)**, em decorrência de operações individualizadas e detalhadas às fls. 411/422.

A ação fraudulenta partia de um procedimento de operações bancárias ilícitas, das quais se subtraíam um montante de uma determinada

conta corrente sem qualquer autorização ou ciência do respectivo correntista. Tal procedimento criminoso foi explicado pelo contador (...), à Polícia Judiciária, em fl. 514:

"... os saldos eram irreais e que na medida em que os cooperados buscavam pelos seus extratos era fornecida desse sistema paralelo, onde eles mantinham controle real do saldo; que se constatou também que havia transferências e saques de diversas contas e efetuavam saque pelo caixa como se fosse pagamento de um título, o que na verdade não existia, inclusive lançamentos como depósito em outra agência bancária, que também não existia, que todo processo era convertido em moeda e desaparecia, que tudo isto foi verificado que ocorreu desde o ano de 2006 para cá".

Tal depoimento condiz com as demais provas documentais e testemunhais carreadas aos autos. A participação da autora no desfalque desvendado ficou amplamente demonstrada no decorrer da exauriente produção de provas e mediante Inquérito Policial às fls. 504/ 1702, mostrando-se lídima de qualquer dúvida.

O *modus operandi* da fraude, em que a autora agiu com efetiva participação direta, ficou bem detalhado pelo depoimento da testemunha (...), às fls. 1945/1946, que assim declarou:

"...que houve denúncia por três funcionários de Guarapuava e a Sra. (...) foi afastada; que a denúncia foi feita por três funcionárias de Guarapuava, (...), (...) e (...); que elas ficaram desconfiadas porque eram impedidas de fornecer extratos para alguns cooperados; que foram a fundo encontrado em uma das máquinas um arquivo que era como se fosse um extrato do nosso sistema, mas não era; que elas pegaram o arquivo e denunciaram para a Diretoria; que elas acharam um arquivo que era muito semelhante a um extrato; que não era um extrato, era uma cópia; que isso ocorreu com mais de um cooperado, com cerca de dez cooperados, pelo que ficou sabendo; que o extrato não condizia com a realidade; que o real tinha menos do que o extrato fictício; que acredita que a Sra. (...) tinha participação nesse esquema; que tinha mais alguém envolvido, o Sr. (...); que geralmente a

máquina de extratos estava estragada e as meninas que trabalhavam na frente não tinham autorização da (...) para fornecer o extrato; que quanto os cooperados chegavam na agência essas meninas encaminhavam para a (...); que os cooperadores recebiam, então, extrato fictício."

Tendo em vista os fundamentos supra, resta evidente a conduta dolosa praticada, com finalidade de obtenção de vantagem ilícita. Assim, entendo que o ato está bem enquadrado como ato de improbidade de que trata o artigo 482, alínea "a", da CLT.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente deste Egrégio Tribunal:

JUSTA CAUSA - ATO DE IMPROBIDADE - A relação contratual trabalhista é baseada na fidúcia entre empregador e empregado. Quando o trabalhador, por dolo, ou culpa grave, pratica ato de improbidade, ou seja, ato de desonestidade, abuso, fraude ou má-fé, ocorre a quebra da confiança entre as partes. O ato de improbidade que resulta em imediato prejuízo ao empregador torna legítima a sanção proporcional à falta grave: a dispensa por justa causa. Destarte, se existir prova cabal e concreta de que o empregado tenha praticado, com dolo ou culpa grave, ato que enseje a quebra da fidúcia para com o empregador, a dispensa por justa causa é legítima, passando, inclusive, os requisitos formais, a serem secundários, pois deve-se atender ao princípio da primazia da realidade sobre as formas. (TRT 9ª RO 04339-2008-019 - 4ª T- Relator: Des. Arnor Lima Neto - 23-02-2007)

No que tange ao **mau procedimento**, artigo 482, alínea "b" da CLT, apontado na comunicação da dispensa por justa causa, consiste, segundo definições de Maurício Godinho Delgado: "Mau procedimento (alínea "b", in fine), trata-se de conduta culposa do empregado que atinja a moral, sob o ponto de vista geral, excluído o sexual, prejudicando o ambiente laborativo ou as obrigações contratuais do obreiro." (Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1194).

"(...) os envios de mensagens instantâneas (MSN), entre a autora e outro colega de trabalho, demonstram um desvio de finalidade do uso de tal mero instrumento de trabalho, pois dele se utilizava para tratar de assuntos moralmente incompatíveis com a função, (...)"

Ensina, também, Wagner D. Giglio, que os doutrinadores classificam de uma maneira geral o mau procedimento como: "o comportamento incorreto do empregado, através da prática de atos que firam a discrição pessoal, as regras do bem viver, o respeito, o decoro e a paz; atos de impolidez, de grosseria, de falta de compostura, que ofendem a dignidade (...). O empregado desidioso tem um comportamento incorreto; o agressor ofende a paz, falta ao respeito, pratica ato de impolidez e grosseria, fere a dignidade pessoal (...). As noções dadas são tão genéricas que, com mais propriedade e maior concisão, dir-se-ia que o mau procedimento se configura por atos que infringem os deveres básicos do empregado, de diligência no serviço, lealdade e respeito" (in, "Justa Causa", 3ª edição, LTr, 1992, pág. 70).

Pois bem, 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, pela garantia de sigilo, nem de inviolabilidade, até mesmo porque, não raras vezes, sofrem acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, constituindo-se em instrumento pelo qual o trabalhador pode, potencialmente, provocar expressivo prejuízo ao empregador.

Assim, conforme verificado nos autos em fls. 696/719, os envios de mensagens instantâneas (MSN), entre a autora e outro colega de trabalho, demonstram um desvio de finalidade do uso de tal mero instrumento de trabalho, pois dele se utilizava para tratar de assuntos moralmente incompatíveis com a função, tais como traição à cônjuge, deboches ostensivos e ofensas à honra objetiva de colegas e clientes.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente deste Egrégio Tribunal:

JUSTA CAUSA - QUEBRA DA FIDÚCIA NECESSÁRIA À CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. Configurada a quebra da fidúcia necessária ao equilíbrio da vinculação empregatícia, diante do mau procedimento comprovado do empregado, mantém-se a ruptura motivada do contrato de trabalho. (TRT 9ª - RO 17639-2002-004 - 4ª T - Relator: Desº Arnor Lima Neto - 17-05-06)

Nesse diapasão, conclui-se que o procedimento obreiro quebrou a fidúcia necessária ao equilíbrio da vinculação empregatícia dando ensejo

à ruptura motivada do contrato de trabalho, com o enquadramento do autor no artigo 482, alínea "b", da CLT, como acertadamente reconheceu a primeira instância.

Em relação a **desídia no desempenho das respectivas funções**, artigo 482, alínea "e", da CLT, Délio Maranhão define da seguinte forma: "*pode resultar na inabilidade, da imperícia, da escassa produção ou da negligência do empregado. A inabilidade é a incapacidade decorrente de ordem física (...) A imperícia é a incapacidade de ordem profissional para o cumprimento da prestação (...) A negligência é a falta de diligência (...) A desídia é a negligência. E esta pressupõe culpa do empregado. É a antítese da diligência (...) Trata-se de uma síntese de faltas leves - e não mera adição*" (Direito do Trabalho, Impetus, 2010, p.1068).

À autora, no cargo de gestora a que lhe foi confiado, incumbida exercer a função com devida presteza, permitiu que outro funcionário levasse adiante a fraude perpetrada, na qual também participou, agindo, assim, com negligência. Motivo pelo qual o presente caso se enquadra na falta elencada no artigo 482, alínea "e", da CLT.

Por fim, na lição de Maurício Godinho Delgado, **ato de indisciplina** "*é o descumprimento de regras, diretrizes ou ordens gerais do empregador ou de seus prepostos e chefias, impessoalmente dirigidas aos integrantes do estabelecimento ou da empresa*" e **insubordinação** "*é o descumprimento de ordens específicas recebidas pelo empregado ou grupo delimitado de empregados. É o desatendimento pelo obreiro a ordem direta por ele recebida do empregador ou dos prepostos e chefias deste*" (Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1102).

Como bem fundamentado na r. decisão, a justa causa que se consubstancia, no caso, como indisciplina e insubordinação, caracteriza-se pelo teor dos diálogos gravados a partir do sistema MSN, que a autora também debochava e repudiava de forma indevida as diretrizes de trabalho apresentadas pelos seus superiores, em clara tipificação do artigo 482, alínea "h", da CLT.

Da mesma forma, a autora agiu de má-fé **ao falsificar assinaturas em cheques e contratos**, quebrando a fidúcia existente perante a empresa empregadora. Além de ter conhecimento das normas da empresa e mesmo assim praticá-las, trata-se de conduta que extrapola os limites das normas trabalhistas e envereda pela seara criminal.

Nesse sentido, assim entende este Egrégio Tribunal:

JUSTA CAUSA-INDISCIPLINA-CONFIGURAÇÃO

- A indisciplina está elencada como uma das razões pelas quais o empregador pode dispensar o empregado por justa causa. Define-se como indisciplina, o descumprimento de ordens gerais do empregador dirigidas impessoalmente ao quadro de empregados. Demonstrado que a reclamante tinha conhecimento das normas da empresa que proibiam determinada prática e mesmo assim a praticou, configurada está a justa causa. Recurso do reclamante a que se nega provimento. (TRT 9ª RO 817-2003-071 - 4ª T - Desº Arnor Lima Neto - 17-09-2004)

Assim, diante das inúmeras faltas gravíssimas cometidas pela autora, afigura-se proporcional e adequada a pena aplicada, qual seja, sua dispensa por justa causa, fundamentada no artigo 482, alíneas "a", "b", "e" e "h", da CLT. Correta, portanto, a r. sentença que indeferiu o pedido de reversão da justa causa e consectários.

MANTENHO.

[...]

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

A C O R D A M os Juízes da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **ADMITIR O RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE**, assim como as respectivas contrarrazões. Por maioria de votos, vencido o Revisor, **NÃO ADMITIR A PRELIMINAR DO AUTOR**. No mérito, por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 20 de março de 2013.

SUELI GIL EL RAFIHI
DESEMBARGADORA RELATORA

Acórdãos

Ministro João Oreste Dalazen

Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, publicado no DEJT em 10/06/2005, Relator Ministro João Oreste Dalazen.



Foto: Site CSJT

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 a 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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-XXX/2000-013-10-00.7**, em que é Recorrente (**Ré**) e Recorrido (**Autor**).

[...]

2.3. PROVA ILÍCITA. JUSTA CAUSA. "E-MAIL". RASTREAMENTO. INTIMIDADE. INVIOLABILIDADE

A Empresa ora Agravada despediu o ora Agravante por justa causa, depois de constatar que o Reclamante, no exercício de suas funções, teria expedido comunicações eletrônicas ---- e-mail's ---- com fotos pornográficas, utilizando-se do computador e do provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico da empresa que lhe foi disponibilizado para a execução de suas tarefas profissionais.

Insurge-se o Reclamante no tocante à admissão das provas apresentadas pela Reclamada para comprovar a justa causa. Aduz que a Reclamada teria violado o seu "e-mail", sem a sua anuência, contaminando, assim, as provas obtidas mediante esse acesso "ilegal".

O Eg. Tribunal Regional consignou, no particular (sem grifo no original)

"JUSTA CAUSA. MEIO DE PROVA. LICITUDE.

O juízo *a quo* não acolheu a justa causa pretendida pela reclamada, alegando que as provas obtidas o foram de modo ilegal, com violação ao art. 5º, XXII, da Constituição, razão pela qual condenou a reclamada no pagamento das seguintes verbas rescisórias de direito.

Renova a reclamada, em sede de recurso ordinário, a tese da justa causa. Diz que o autor utilizou-se indevidamente do correio eletrônico e do e-mail da empresa, os quais lhe foram concedidos para o exercício regular das suas atividades, para a transmissão de fotos de conteúdo pornográfico.

Aduz, ainda, que existe norma do Banco determinando que e-mail recebido por empregado deverá ficar restrito a assuntos inerentes ao trabalho.

Alega a reclamada que, ainda que assim não se considere, mesmo na hipótese de se entender que tenha sido a prova produzida através de meio ilícito, é importante que seja utilizado no presente caso o princípio da proporcionalidade, de forma a afastar os extremos, qual seja, a total inadmissibilidade da prova considerada ilícita.

Comungo dos fundamentos lançados nas razões de recurso da reclamada acerca do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada.

A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

De acordo com a decisão de 1º grau, a reclamada teria utilizado de meios ilícitos, substanciados no rastreamento do e-mail do reclamante, para descobrir quem teria passado as fotos pornográficas para outras pessoas dentro da empresa.

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o e-mail do reclamante, como o seu próprio provedor.

Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido do e-mail, por um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.

É importante frisar que o obreiro, em seu depoimento, conforme se vê as fls. 117, não infirmou as alegações patronais no sentido de que a utilização do e-mail estaria restrita para fins de trabalho, tendo em vista ter declarado '*... que o depoente não tem certeza se a reclamada tinha restrição em relação ao uso de e-mail para assunto que não de serviço...*'

Nestas circunstâncias sequer se poderia falar em privacidade; o fato é que a reclamada concedeu ao autor um e-mail com vistas à exclusiva utilização para o trabalho, visto que o provedor era do HSBC.

Não há qualquer violação ao e-mail do reclamante, posto que isto não era de sua propriedade. Sendo o e-mail propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado.

Ocorre que muitos funcionários vem se utilizando da internet e da intranet para fins outros que não os inerentes às atividades da empresa. Tal conduta traduz-se em ato faltoso e, do ponto de vista de muitos juristas, inclusive, ensejador de rescisão contratual por justa causa. Há que se concordar que tal situação não pode ser enquadrada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal (...).

O legislador constituinte, ao criar este dispositivo, o fez com o intuito de proteger a intimidade das pessoas, em situações que comumente ocorrem em locais privados. Entretanto, é evidente que dentro de uma empresa, onde todos os instrumentos são de sua

propriedade e disponibilizados aos empregados com o único objetivo de melhor desenvolverem suas atividades, a situação é diversa, sendo até mesmo óbvio que não exista 'confidencialidade' dentro das empresas e que os usuários, acima de tudo, não confundam sua vida particular com a atividade profissional.

Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta, em regra, responde solidariamente por tal ato. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado.

Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização às informações que tramitam no âmbito da empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso do sistema internet, que pode, inclusive, atentar contra a moral e os bons costumes, causando a imagem da empresa prejuízos de larga monta.

Desta forma, não há qualquer indício de que a reclamada tenha tentado invadir, deliberadamente, a suposta privacidade do autor, ressaltando-se que, diante da gravidade das denúncias recebidas, cabia ao empregador promover as diligências necessárias à apuração dos fatos denunciados, sob pena de incorrer em omissão.

Assim, não vejo, com a mesma clareza do Juízo *a quo*, a suposta violação à garantia da intimidade do reclamante, razão pela qual, no presente caso, não há que se falar na obtenção de provas por meio ilícito." (fls. 535/540)

Interessante, também, transcrever alguns trechos do voto do Juiz Douglas Alencar Rodrigues, Revisor:

"Sr. Presidente,

Estou de acordo com o bem cuidado voto condutor, mas peço permissão para tecer algumas breves considerações apenas acerca da falta grave discutida no recurso empresarial.

Como esclareceu a d. Juíza Relatora, o Banco recorrente deliberou rescindir por falta grave o contrato de trabalho mantido com

o Reclamante, após constatar que ele, no exercício de suas funções, fez expedir comunicações eletrônicas - e-mail's - com fotos pornográficas, utilizando-se do computador da empresa, de seu provedor e do próprio endereço eletrônico que lhe foram disponibilizados para a execução de suas atribuições.

A matéria é inédita e suscita uma série infindável de questões, como a que foi tratada na instância primária, envolvendo a natureza ilícita do acervo probatório construído pelo Reclamado, a partir do rastreamento de seu próprio provedor para identificação da unidade responsável pela remessa dos e-mail's com aquele conteúdo pornográfico.

Na opinião do i. Julgador Primário, porque obtidas a partir da quebra do sigilo de correspondência do Reclamante, as provas obtidas seriam ilícitas, por isso não se prestando à justificação da falta grave aplicada, ante a ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da CF.

Penso, porém, que a solução é diversa, reclamando o percurso prejudicial de algumas etapas de raciocínio.

Em primeiro plano, cabe aferir se o e-mail concedido para o exercício funcional pode ou não ser equiparado às correspondências postais e telefônicas e, nessa condição, se estaria alcançado pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Em segundo lugar, se a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas, teria ou não violado alguma garantia constitucional, contaminando as provas obtidas.

E, finalmente, em terceiro plano, cumpre decidir se os fatos apurados justificaram ou não a resolução contratual praticada pelo Reclamado.

Em relação ao primeiro aspecto, não vejo, com todas as *venias* devidas ao i. Juízo Primário, como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador.

Relembro, inicialmente, que o art. 5º, inciso IX, da CF consagra a todos os cidadãos a liberdade de expressão comunicativa, independentemente de censura ou licença, igualmente assegurando, em seu inciso X, a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a previsão de indenização quando violadas.

Preconiza, também, o inc. XII do mesmo art. 5º da CF (...).

No caso concreto, contudo, nenhum desses dispositivos restou malferido, como passo a evidenciar.

Definitivamente, não há como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho.

Titular do poder diretivo, o empregador assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas por seus empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas.

(...)

Parece certo, portanto, que, na ausência de regras expressas que viabilizem a utilização dos equipamentos da empresa para fins privados, não há como admitir sejam eles manipulados com esse propósito, a tal modo que se possa reconhecer ao empregado direito ao sigilo de correspondência eletrônica.

Muito embora dos autos aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão, o que poderia sugerir a inexistência de qualquer restrição para a utilização do e-mail para fins pessoais, é certo que -- como consignado no parecer ministerial emitido em sessão -- em todos os e-mail's acionados pelos empregados do Reclamado consta um breve texto em inglês, ressaltando o caráter confidencial das comunicações trocadas por aquele sistema eletrônico e a nota de que deveriam restituir mensagens recebidas com equívoco, apagando-as em seguida do próprio programa de comunicação.

Ainda que fosse absolutamente silente o contrato ou os sistemas operados, é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis.

Considerando os objetivos que justificaram a concessão de e-mail pelo Reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

(...)

Seja como for, não sendo possível, na visão deste juízo (CPC, art. 131), reconhecer privacidade no sistema de comunicação eletrônico disponibilizado pelo Reclamado para a execução pelo Reclamante

"Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados."

de suas atividades profissionais, resta claro que a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, não violou qualquer garantia constitucional, tampouco contaminando as provas colhidas pela empresa, ao contrário do que inteligiu o d. juízo primário.

Fixadas essas premissas, tenho como nítida a prática de ato suscetível de autorizar a resolução do contrato, por mau procedimento, (...).

Merece, pois, provimento a irresignação patronal.

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.

Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).

Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de fotos pornográficas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando a resolução do pacto laboral.

Com essas breves considerações, acompanho o voto condutor.

É como voto, Sr. Presidente."

Sustenta o Reclamante no recurso de revista que o Eg. Tribunal *a quo* teria violado o art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal, particularmente ao admitir as provas ilícitas apresentadas pela Reclamada.

Argumenta o Agravante:

"Temos que a prova produzida pela empresa para substanciar a censurável

justa causa alegada em sua defesa e reconhecida pelo Regional, não pode ser admitida em juízo, pois totalmente contaminada, em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do Autor.

(...)

Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (e-mail) - o que abrange o conhecimento das fotos a ela anexadas - foi feito **sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia eletrônica**, o que, por si só, caracteriza violação da correspondência e a quebra da legalidade.

Apesar de o Reclamado ter dito que a conta de e-mail por ela fornecida ao Autor foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, isso não significa dizer que o autorizaria quebrar o sigilo da correspondência e ter acesso ao teor dos e-mails do Recorrente sem sua anuência, ou de algum dos integrantes da cadeia.

(...)

O fato do (sic) Autor descumprir a determinação do Reclamado para somente usar sua conta de e-mail para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão contratual por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o Reclamado teve acesso ao teor do e-mail, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 5º, LVI c/c art. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII)." (fls. 634/636)

A peculiaridade e a estupenda relevância do presente caso recomendam uma abordagem particularizada dos seus múltiplos aspectos.

2.3.1 A INTERNET NO AMBIENTE DE TRABALHO

Sabe-se que a Internet e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas Empresas, que se utilizam desse novo meio de comunicação para desenvolver os meios de produção, proporcionando, dentre outras vantagens, maior eficiência para as suas atividades.

O número expressivo de empregados trabalhando online é uma indicação clara da eficiência e utilidade das comunicações eletrônicas, tais como "e-mail" e acesso à Internet para fins profissionais. De baixo custo e rápidas, as comunicações eletrônicas podem melhorar a eficiência e produtividade dos empregados, propiciando formas convenientes de

comunicação com clientes, colegas de trabalho, além de transmissão de informações de modo infinitamente mais eficiente. Dadas as óbvias vantagens, inquestionável o fato de as empresas estarem cada vez mais lançando mão de tais recursos tecnológicos.

Sabe-se, todavia, que alguns empregados, com relativa freqüência, abusam na operação do e-mail corporativo e da própria Internet, sob múltiplas formas, bem conhecidas: envio a terceiros de fotos pornográficas ou a divulgação de mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo empresarial, ou contendo vírus etc. Outras vezes o empregado, em terminal de computador da empresa, no horário de trabalho, vale-se da Internet para baixar músicas e filmes, ou acessa sites "adultos" e, enfim, consome tempo e recursos preciosos do empregador, para tratar de assuntos não relacionados ao serviço, acarretando sensível queda da produtividade, quando não lentidão no sistema de informática da empresa.

Essas e muitas outras situações bem conhecidas denotam que a tecnologia da Internet, mormente da correspondência eletrônica, com seus encantos e mazelas, tem suscitado um elenco infindável de tormentosas e atormentadoras questões jurídicas.

Uma de tais questões consiste em saber se o empregador tem direito de rastrear ou monitorar o e-mail corporativo disponibilizado ao empregado para uso em serviço e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida, destinada à apuração de justa causa em processo judicial.

3.2.2 "E-MAIL" CORPORATIVO E "E-MAIL" PARTICULAR

Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o "e-mail" apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema ("O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho". São Paulo: LTr, 2004, p. 64).

Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: "e-mail" particular ou pessoal do empregado e "e-mail" corporativo.

No caso de "e-mail" particular ou pessoal do empregado ---- em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador ---- ninguém pode exercer controle algum **de**

conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em e-mail particular.

Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado e-mail corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa.

O "e-mail" corporativo distingue-se do e-mail pessoal ou particular do Empregado, na medida em que aquele equivale a uma ferramenta de trabalho que a própria Empresa coloca à sua disposição para utilização em serviço.

O "e-mail" corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética.

A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de e-mail não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio empregador utilizada para evitar que **terceiros**, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de e-mail da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos internos e confidenciais.

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização **comedida** do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do **e-mail corporativo**, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico.

Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do e-mail corporativo na empresa.

Cumpre ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência

em relação ao empregado, no tocante ao uso do e-mail corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade.

Se o e-mail é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional. Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins **personais**, muito menos para provocar prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade.

Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o e-mail corporativo, poderá a Empresa, em tese, responder perante terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia com a utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III).

Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra BELMONTE:

"Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa.

No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados *Legal Disclaimers* ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abaloamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto." (IN: MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, LTr, 2004, P. 113)

3.2.3 MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO NO DIREITO COMPARADO

Uma vez que o Brasil, como visto, resente-se da ausência de normatividade específica a respeito da correta utilização do e-mail corporativo pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo Empregador, revela-se pertinente um rápido exame dessas questões sob o prisma do Direito Comparado.

Em termos legislativos, o Reino Unido é o País que mais evoluiu

nesta área: o Parlamento aprovou lei, conhecida como RIP (*Regulation of Investigatory Powers Act*), que autoriza os empregadores, desde 24/10/2000, a promover o monitoramento de e-mails e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais:

"(3) Conduct consisting in the **interception of a communication is authorised** by this section if -

- a. **it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service;** and
- b. it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services." (Part I, Chapter 1, Section 3)²

Mais adiante dispõe ainda a referida Lei inglesa:

"(3) Nothing in any regulations under subsection (2) shall authorise the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business." (Part I, Chapter 1, Section 4)³

Nos Estados Unidos da América, há diversos precedentes que, a meu ver, merecem realce.

A Eg. Corte Suprema dos Estados Unidos analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso *O'Connor v. Ortega*. (480 U.S., 107 S.Ct. 1492, 94 L.Ed.2d 714 - de 1987).

À época, a Eg. Suprema Corte Norte-Americana reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de proteção legal. Entretanto, deve-se ponderar esta privacidade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho.

A Eg. Corte assentou que, em certas áreas, os empregados podem ter uma **razoável expectativa de privacidade** (*expectation of privacy*). Mas, ressalva-se, **nunca de forma absoluta**:

"The decision recognized that with the question of privacy in the workplace there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is a question of specific practices within the employee's workplace, and the

issue of whether an employee has a reasonable expectation of privacy 'must be addressed on a case-by-case basis.' (*Id.* IN 716, 1497)¹

Sob tal entendimento, diversos cidadãos daquele País moveram ações em desfavor do empregador ao argumento de que este, supostamente, teria violado sua privacidade ao monitorar o e-mail corporativo.

A maioria das Cortes americanas, porém, tende a assentar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador, **não** tem *expectativa de privacidade* quanto a esta.

Vale dizer: tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador, os referidos Tribunais americanos vêm consignando que o empregado **não** tem razoável expectativa de privacidade quanto à utilização do e-mail corporativo e do acesso à Internet através do sistema operacional da empresa. Acentuam, inclusive, que mesmo que houvesse uma razoável expectativa de privacidade, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do e-mail da empresa e dos sistemas de Internet.

No *leading case* de *Smyth v. Pillsbury Co.*, determinado Empregado alegou que havia sido dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade teria sido violada.

Neste caso, a Eg. United States Court for the Eastern District of Pennsylvania entendeu que o Empregado havia enviado várias mensagens de e-mail através do sistema da Empresa, que vieram a ser acessadas pelo seu Empregador, sem a sua anuência. Devido ao conteúdo impróprio destas mensagens, o Empregador rescindiu o contrato de emprego.

Esta Eg. Corte da Pennsylvania, entretanto, negou procedência ao pedido do Empregado, a despeito de resultar comprovado que o Empregador havia reiterado aos seus Empregados que o e-mail poderia ser utilizado para fins pessoais e que as mensagens não seriam, em momento algum, interceptadas, mantendo-se confidenciais.

A aludida Corte americana entendeu que, mesmo com as referidas concessões do Empregador, o Empregado não tinha expectativa de privacidade ao utilizar o sistema da empresa para enviar suas mensagens de e-mail.

Releva transcrever alguns trechos da decisão em apreço:

Liability only attaches when the "intrusion is substantial and would be highly offensive to the 'ordinary reasonable person.'" *Borse*, 963 F.2d at 621 (citation omitted). Although the Court of Appeals in *Borse* observed that "the Pennsylvania courts have not had occasion to consider whether a discharge related to an employer's tortious invasion of an employee's privacy violates public policy", the Court of Appeals predicted that in any claim where the employee claimed that his discharge related to an invasion of his privacy "the Pennsylvania Supreme Court would examine the facts and circumstances surrounding the alleged invasion of privacy. If the court determined that the discharge was related to a substantial and highly offensive invasion of the employee's privacy, believe that it would conclude that the discharge violated public policy." *Id.* at 622. In determining whether an alleged invasion of privacy is substantial and highly offensive to a reasonable person, the Court of Appeals predicted that Pennsylvania would adopt a balancing test which balances the employee's privacy interest against the employer's interest in maintaining a drug-free workplace. *Id.* at 625. Because the Court of Appeals in *Borse* could "envision at least two ways in which an employer's drug and alcohol program might violate the public policy protecting individuals from tortious invasion of privacy by private actors" *id.* at 626, the Court vacated the district court's order dismissing the plaintiff's complaint and remanded the case to the district court with directions to grant *Borse* leave to amend the Complaint to allege how the defendant's drug and alcohol program violates her right to privacy.

Applying the Restatement definition of the tort of intrusion upon seclusion to the facts and circumstances of the case sub judice, we find that plaintiff has failed to state a claim upon which relief can be granted. In the first instance, unlike urinalysis and personal property searches, we do not find a reasonable expectation of privacy in e-mail communications voluntarily made by an employee to his supervisor over the company e-mail system notwithstanding any assurances that such communications would not be intercepted by management. Once plaintiff communicated the alleged unprofessional comments to a second person (his supervisor) over an e-mail system which was apparently utilized by the entire company, any reasonable expectation of privacy was

lost. Significantly, the defendant did not require plaintiff, as in the case of an urinalysis or personal property search to disclose any personal information about himself. Rather, plaintiff voluntarily communicated the alleged unprofessional comments over the company e-mail system. We find no privacy interests in such communications.

In the second instance, even if we found that an employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we do not find that a reasonable person would consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of his privacy. Again, we note that by intercepting such communications, the company is not, as in the case of urinalysis or personal property searches, requiring the employee to disclose any personal information about himself or invading the employee's person or personal effects. Moreover, the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments.

In sum, we find that the defendant's actions did not tortiously invade the plaintiff's privacy and, therefore, did not violate public policy. As a result, the motion to dismiss is granted. (*Smyth v. Pillsbury Co.*, 914 F.Supp. 97, 100 - E.D. Pa. 1996)²

Outro caso famoso ocorreu no Estado do Texas, onde o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas também se posicionou favoravelmente em relação ao Empregador.

No aludido processo, independentemente de a Empresa Microsoft haver providenciado ao Empregado uma senha de acesso para o e-mail e uma pasta pessoal para arquivar suas mensagens, a Eg. Corte do Texas também decidiu que ao Empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens arquivadas dentro daquela pasta ou dentro de sua caixa de e-mail.

A mencionada conclusão fundou-se no argumento de que as mensagens de e-mail primeiro teriam circulado dentro de vários pontos do sistema de e-mail da Microsoft, onde poderiam ser acessadas a qualquer hora pela Empresa e, somente depois, viriam a compor a esfera privada do Empregado. Importa transcrever o seguinte trecho da decisão:

"As asserted by McLaren in his petition, e-mail was delivered to the

server-based "inbox" and was stored there to read. McLaren could leave his e-mail on the server or he could move the message to a different location. According to McLaren, his practice was to store his e-mail messages in "personal folders." Even so, any e-mail messages stored in McLaren's personal folders were first transmitted over the network and were at some point accessible by a third-party. Given these circumstances, we cannot conclude that McLaren, even by creating a personal password, manifested -- and Microsoft recognized -- a reasonable expectation of privacy in the contents of the e-mail messages such that Microsoft was precluded from reviewing the messages." (Case nº 05-97-00824, 1999 Tex.App.Lexis 4103 - Tex. Crt. Of App., May 1999)³

A Eg. Court of Appeal of the State of California, por sua vez, no caso Bourke v. Nissan Motor Corporation, manifestou-se no mesmo sentido:

Whether an individual's constitutional right to privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed. (*Alarcon v. Murphy* (1988) 201 Cal.App.3d1, 5; *People ex rel. Franchise Tax Bd. v. Superior Court* (1985)164 Cal.App.3d 526, 540-541.) Nissan maintains that the evidence conclusively establishes that plaintiffs had no reasonable expectation of privacy in their E-mail messages. In support of this contention, they cite the following undisputed facts: (1) Plaintiffs each signed a Computer User Registration Form, which states that "[I]tis company policy that employees and contractors restrict their use of company-owned computer hardware and software to company business." (2) In November or December of 1989, more than a year before her termination, Hall learned from co-workers that E-mail messages were, from time to time, read by individuals other than the intended recipient. Hall relayed this information to Bourke in March of 1990. (3) In June 1990, a full six months before Bourke's termination, a fellow employee, Lori Eaton, contacted Bourke to complain about the personal, sexual nature of Bourke's E-mail message which Eaton had retrieved for demonstration purposes during a training session at an Infiniti dealership.

Nissan contends that the foregoing uncontroverted facts regarding plaintiffs knowledge that E-mail messages could in fact be read without the author's knowledge or consent establishes as a matter of law that plaintiffs had no objectively reasonable expectation of privacy in those messages. In

contradiction of that conclusion, plaintiffs assert that they had such an expectation because they were given passwords to access the computer system and were told to safeguard their passwords. While plaintiffs' statements that they believed that their E-mail messages would remain private may be sufficient, on a motion for summary judgment, to raise the issue of plaintiffs' subjective understanding, the question presented to us is whether their expectations of privacy were objectively reasonable as a matter of law. We agree with the trial court that they were not.

In the absence of a reasonable expectation of privacy, there can be no violation of the right to privacy. (*Alarcon v. Murphy, supra*, 201 Cal.App.3d 1, 5.) Thus, plaintiffs' causes of actions for common law invasion of privacy and violation of the constitutional right to privacy were properly dismissed on summary judgment. (Case nº B068705 - July 2003)⁴

Abraçaram igualmente tal diretriz os seguintes precedentes norte-americanos: *Restuccia v. Burk Technology, Inc.*, julgado pela Eg. Supreme Judicial Court of Massachusetts em 12/08/96; *Fraser v. Nationwide Life Insurance Co.*, julgado pela Eg. United States Court of Appeals for the Third Circuit em 23/06/03.

Perceba-se, assim, dessa rápida menção ao Direito Comparado, que dois Países paladinos do respeito às liberdades civis e aos direitos e garantias individuais do cidadão ---- EUA e Reino Unido ----- não ousaram estender ao e-mail corporativo a proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No Brasil, penso que não há razão para adotar solução diferente.

Sem mais, é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do **princípio da proporcionalidade** como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

KARL LARENZ, em clássica obra, após assinalar que se alude ao princípio da proporcionalidade para designar "las limitaciones o desventajas, que alguien tiene que tolerar en un caso concreto, en interés de otro o de la generalidad" e depois de referir ao "principio de que la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad **no** pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección otro bien o de un interés de mayor peso", arremata:

"El principio de proporcionalidad suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra. Ello significa, ante todo, que 'los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular'. Con el rasero de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional federal mide, entre otras cosas, la necesidad y la duración de la prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia, indudablemente conecta con la idea de 'moderación' y de 'medida justa' en el sentido de equilibrio."(Derecho Justo, Civitas, 1985, pag. 144/145)

Na espécie, a invocação do princípio da proporcionalidade vem a propósito da necessidade de sopesarem-se os múltiplos valores jurídicos em xeque e não apenas o direito do empregado, como qualquer cidadão, à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No caso concreto, de um lado, **não** há, como ressaltado, identidade de **fins** entre o correio eletrônico particular e o corporativo, para que se pudesse cogitar de transgressão ao princípio da inviolabilidade da comunicação.

De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão ---- valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de e-mail corporativo, dada a sua finalidade ---- não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o **direito do empregador à imagem**. Ora, ocioso repisar quão comprometedora e danosa pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da Internet e do correio eletrônico da empresa.

Ademais, se se cuida de "e-mail" corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.

Tecidas essas considerações, passo ao exame objetivo do agravo de instrumento do Reclamante.

A insurgência do Agravante não merece prosperar.

No caso, o próprio Reclamante, nas razões do recurso de revista, reconhece que o e-mail corporativo foi disponibilizado pela Reclamada para ser utilizado "**somente para assuntos e matérias afetas ao serviço**". (fl. 636)

Fixada tal premissa, e a exemplo do que já se delineia, como visto, no Direito Comparado, **não diviso razoável expectativa de privacidade** do empregado na utilização de "e-mail" corporativo fornecido pela Empresa.

Em meu entender, o e-mail corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o Empregador confia ao Empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais.

Penso, por conseguinte, que se o e-mail corporativo pertence à Reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o Empregador monitorar a atividade do Empregado, no horário de trabalho.

Bem se compreende que assim seja porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do Empregador **exclusivamente** para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, **sem** a proteção do sigilo pessoal de correspondência.

Não colhe o argumento do Reclamante de que a Empresa Agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do e-mail corporativo, ao providenciar para o ora Agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico.

Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao e-mail corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do Empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens.

Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da **inviolabilidade do sigilo das correspondências** (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito

de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas.

Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que **não há intimidade ou privacidade** do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de e-mail corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, no caso, o empregado **não** tinha razoável expectativa de privacidade, o que se extrai da declaração de que o e-mail corporativo destinava-se "**somente para assuntos e matérias afetas ao serviço**" (fl. 636).

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a **inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito** (art. 5º, LVI), por isso que, sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa, meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional.

O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível.

Nego provimento ao agravo de instrumento do Reclamante.

[...]

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, negar provimento ao agravo de instrumento do Reclamante e dar provimento ao agravo de instrumento da Reclamada, determinando o processamento do recurso de revista; conhecer do recurso de revista da Reclamada, por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

Brasília, 18 de maio de 2005.

JOÃO ORESTE DALAZEN
Ministro Relator

¹ *Tradução livre:* A decisão reconheceu que na questão de privacidade no local de trabalho não existem absolutos. Geralmente, se um empregado tem uma razoável expectativa de privacidade é uma questão de práticas específicas no seu local de trabalho, e o fato daquele ter uma razoável expectativa deve ser tratado caso a caso. (*Id. IN 716, 1497*)

² (3) A interceptação de comunicações é autorizada por esta Seção se: (a) é feita por, ou em nome de, pessoa que fornece um serviço postal ou um serviço de telecomunicação; e (b) é feita tendo em vista propósitos relacionados com a prestação ou execução daquele serviço ou com a aplicação, em relação àquele serviço, de qualquer providência relacionada com o uso de serviços postais ou de telecomunicações.

³ Nada em qualquer regulamentação dentro da subseção (2) autorizará a interceptação de qualquer comunicação, **salvo nas hipóteses de transmissão utilizando equipamentos ou utilidades fornecidos à pessoa que está executando o serviço para uso total ou parcialmente relacionado ao aludido serviço.**

² *Tradução livre:* A responsabilidade se aplica apenas quando a "intrusão é significativa e seria altamente ofensiva para uma pessoa comum". *Borse*, 963 F.2d at 621 (citação omitida). Apesar de a Corte de Apelo em *Borse* ter observado que as "Cortes da Pensilvânia não tiveram a oportunidade de considerar se uma demissão relacionada a uma invasão ilícita da privacidade do empregado, pelo empregador, viola a política da empresa", a Corte de Apelos determinou que em qualquer alegação de um empregado de que sua demissão esteja relacionada à invasão de sua privacidade, a Suprema Corte da Pensilvânia analisaria os fatos e circunstâncias envolvendo a suposta invasão de privacidade. Se a Corte determinar que a demissão está relacionada a uma significativa e altamente ofensiva invasão da privacidade do empregado, acredita-se que seria considerado que a demissão violou a política da empresa"*Id.* em 622. Na avaliação sobre se uma suposta invasão de privacidade é significativa e altamente ofensiva a uma pessoa comum, a Corte de Apelos determinou que a Pensilvânia adotaria um teste de equilíbrio, que compara o direito à privacidade do empregado com o direito do empregador de manter um ambiente de trabalho livre de entorpecentes. *Id.* em 625. Isso porque a Corte de Apelos em *Borse* poderia "divisar pelo menos duas maneiras nas quais o programa de prevenção de drogas e álcool, do empregador, poderia violar a política da empresa, protegendo indivíduos de uma invasão ilícita de privacidade por agentes particulares". *Id.* em 626, a Corte anulou a decisão da Corte Municipal, desconsiderando a petição da acusação, devolvendo o caso para a Corte Municipal, com instruções para permitir que *Borse* aditasse sua petição inicial, demonstrando como o programa de prevenção de drogas e de álcool do Empregador violaria o seu direito à privacidade.

Aplicando a definição de *intrusion upon seclusion* aos fatos e circunstâncias do caso *sub judice*, vemos que o autor da ação falhou em estabelecer tese convincente no qual uma compensação possa ser concedida. Em primeiro lugar, ao contrário do que ocorre em exames de urina e em buscas de propriedades pessoais, não há uma razoável expectativa de privacidade em correspondências eletrônicas feitas voluntariamente pelo empregado para seu supervisor, no sistema de correio eletrônico da empresa, apesar das promessas de que tais comunicações não seriam interceptadas pela administração. Uma vez que o autor da ação expresse os alegados comentários não-profissionais para uma outra pessoa (seu supervisor), num sistema de correio eletrônico que era aparentemente usado por toda a companhia, qualquer razoável expectativa de privacidade está perdida. Significativamente, o réu não exigiu do requerente, como aconteceria no caso do

exame de urina ou na busca de propriedade pessoal, que fornecesse qualquer informação pessoal sobre ele mesmo. Ao invés disso, o requerente enviou, voluntariamente, os supostos comentários não-profissionais, através do sistema de correio da companhia. Não há interesse de privacidade em tais comunicações.

Em segundo lugar, mesmo que achássemos que o empregado tenha uma expectativa de privacidade razoável nos conteúdos de seus correios eletrônicos no sistema da empresa, não achamos que uma pessoa comum consideraria a interceptação desta correspondência como uma invasão substancial e altamente ofensiva de sua privacidade. Mais uma vez, vemos que, quando a empresa intercepta essa correspondência, não está, como no caso do exame de urina ou da busca de propriedade pessoal, solicitando que o empregado forneça informações pessoais ou invadindo a pessoa do funcionário. Antes de mais nada, o interesse da companhia em prevenir comentários inadequados e anti-profissionais, e até mesmo atividades ilegais, em seu sistema de correio eletrônico supera qualquer direito à privacidade que o empregado possa ter com relação a esses comentários.

Em suma, achamos que o réu não invadiu ilícitamente a privacidade do requerente e, conseqüentemente, não violou a política da empresa. Em vista disso, é concedida a autorização para demissão. (*Smyth v. Pillsbury Co.*, 914 F.Supp. 97, 100 - E.D. Pa. 1996)

³ *Tradução livre:* Como exposto por McLaren, em sua petição, o correio eletrônico foi enviado para a caixa de correio de empresa e ali armazenada para leitura. Mc Laren poderia deixar sua correspondência no servidor, ou poderia enviar a mensagem para um outro local. De acordo com McLaren, seu costume era o de armazenar suas mensagens eletrônicas em um "diretório pessoal". Ainda assim, quaisquer mensagens armazenadas nos seus diretórios pessoais eram antes transmitidas através da rede e, em algum momento, acessíveis a terceiros. Dadas essas circunstâncias, não podemos concluir que McLaren, mesmo com a criação de uma senha pessoal, tenha manifestado - o que é reconhecido pela Microsoft - uma expectativa de privacidade razoável dos conteúdos das mensagens eletrônicas, tal que a Microsoft fosse impedida de ler as mensagens. (Caso nº 05-97-00824, 1999 Tex.App.Lexis 4103 - Tex. Cr. Of App., Maio 1999)

⁴ *Tradução livre:* Se o direito constitucional à privacidade de um indivíduo foi violado, depende primeiro de uma determinação sobre se a pessoa tem uma expectativa pessoal e objetivamente razoável da privacidade que foi violada (*Alarcon v. Murphy* (1988) 201 Cal.App.3d1, 5; *People ex rel. Franchise Tax Bd. v. Superior Court* (1985)164 Cal.App.3d 526, 540-541.) A Nissan sustenta que provas estabelecem conclusivamente que os requerentes não tinham uma razoável expectativa de privacidade em suas correspondências eletrônicas. Em suporte a esta alegação citam os seguintes fatos incontroversos: (1) Cada requerente assinou um Formulário de Registro de Uso do Computador, que estabelece que "[1] é política da companhia que os empregados e contratantes limitem o uso dos computadores e software de propriedade da empresa a atividades do trabalho". [2] Em novembro ou dezembro de 1989, mais de um ano antes de sua dispensa, Hall soube, através de seus colegas de trabalho, que mensagens eletrônicas eram lidas, de tempos em tempos, por pessoas distintas daquelas a quem estavam endereçadas. Hall passou essa informação para Bourke,

em março de 1990. [3] Em junho de 1990, seis meses antes da demissão de Bourke, um outro empregado, Lori Eaton, contactou Bourke para reclamar do conteúdo pessoal e sexual de uma mensagem eletrônica de Bourke, que Eaton tinha usado para fins de demonstração em uma sessão de treinamento numa revendedora Infiniti.

A Nissan argumenta que fatos anteriores e incontrovertidos referentes à compreensão, pelos requerentes, de que as mensagens eletrônicas poderiam, de fato, ser lidas sem o consentimento ou conhecimento do autor estabelecem, como matéria de direito, que os empregados não têm, objetivamente, uma razoável expectativa de privacidade nessas mensagens. Por outro lado, os empregados afirmam que possuíam tal expectativa, em vista de terem recebido senhas de acesso ao sistema de computadores e serem advertidos para manter sigilo sobre elas. Enquanto que as afirmações dos empregados de que acreditavam que suas mensagens eletrônicas permaneceriam invioladas podem ser suficientes, numa ação para julgamento sumário, para averiguar a questão do entendimento subjetivo do requerente, o ponto que nos é apresentado é se a expectativa de privacidade deles era objetivamente razoável, do ponto de vista jurídico. Concordamos com a Corte de que não eram.

Na ausência de uma razoável expectativa de privacidade, não pode haver violação do direito à privacidade. (*Alarcon v. Murphy*, supra, 201 Cal.App.3d 1, 5.). Consequentemente, os motivos para ações, por parte dos empregados, no caso de invasão de privacidade de common law e violação do direito constitucional à privacidade, foram justamente indeferidas no julgamento sumário. (Caso nº B068705 - Julho 2003)

Acórdãos

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Acórdão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, publicado no DEJT em 05/04/2013, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.



Foto: Site ENAMAT

[...]

2 - E-MAIL - PROVA DOCUMENTAL. O ac. regional constatou a ocorrência de trabalho durante a licença maternidade com base em outras provas além dos e-mails institucionais, como a confissão da preposta da Reclamada e o depoimento da testemunha da Reclamante, razão pela qual, ainda que fosse reconhecida a pretensa inidoneidade dos e-mails, nenhuma utilidade existiria para a Reclamada.

Ademais, como se trata de documento comum a ambas as partes, caberia à Reclamada, receptora, juntar as cópias das mensagens de e-mails em seu poder, a fim de comprovar o alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante (art. 333, II, do CPC). **Recurso de Revista não conhecido.**

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-XXX-57.2011.5.08.0010**, em que é Recorrente (**Ré**) e Recorrido (**Autora**).

[...]

2 - E-MAIL - PROVA DOCUMENTAL.

O TRT assim decidiu sobre o tema:

[...]

2.2 MÉRITO

DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

A reclamada pretende a reforma da sentença que a condenou ao pagamento de indenização por dano moral.

Aduz que além da reclamante não ter comprovado os fatos

constitutivos dos seus direitos, não houve confissão da preposta como entendeu o MM Juízo de primeiro grau.

Alega que a substituta da reclamante, durante o período de licença maternidade, trabalhava na sua casa (da substituta) e não na residência da reclamante.

Caso entenda em sentido contrário, assevera que o labor em poucos dias do período de licença não caracteriza dano moral, mas sim um mero dissabor, porque não há comprovação de qualquer prejuízo que tenha sofrido em decorrência desse fato.

Sucessivamente, requer a redução do valor da indenização.

Analiso.

Trata-se de pedido de indenização por danos morais decorrente da obrigação imposta pela reclamada de continuar trabalhando durante o período de licença maternidade, o que teria lhe acarretado forte abalo emocional, necessitando, inclusive de tratamento médico com anti-depressivos.

Neste sentido, sabe-se que o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República, assegura àquele que teve o seu direito violado indenização pelo dano sofrido, seja ele de natureza material ou moral.

Todavia, não se tratando de atividade de risco (no qual caberá a responsabilidade objetiva), para imputar ao empregador a responsabilidade pela lesão experimentada pelo empregado, há que se demonstrar o dano no ambiente de trabalho ou em decorrência dele, o dolo ou culpa do empregador, e o nexos causal entre a ação ou omissão do empregador e o resultado sofrido. Ausente qualquer desses elementos, não se poderá falar em responsabilidade do empregador, sendo certo que cabe à autora o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito, consoante art. 818 da CLT c/c o art. 333 do CPC.

No caso concreto, restou incontroverso que a reclamante exercia a função de gerente de relacionamento da reclamada, a qual não possui escritório nesta cidade de Belém/PA, sendo que os funcionários trabalham nas suas residências ou externamente, mediante o uso de telefones, malotes etc.

Para comprovar sua tese, a reclamante juntou aos autos, além da declaração de fl. 08, comprovando o vínculo de emprego, e do atestado médico de fl. 09 que declara a data do parto (23.01.2010) e o tratamento do estado depressivo desenvolvido, as correspondências eletrônicas (emails)

"Tratando-se de e-mails institucionais da reclamada (www.XXXXX.net), considerando a aptidão para a produção da prova, não basta para a empresa simplesmente negar autenticidade a tais documentos pela possibilidade de serem editados, já que poderia facilmente juntar os originais, que fazem parte de seu banco de dados."

com a reclamada de fls. 06-07 e 10-31, realizadas durante o período de licença maternidade.

Em contestação de fls. 53-62, a reclamada refutou os fatos alegados, afirmando que a reclamante não esteve sujeita ao cumprimento de metas ou objetivos durante o seu período de licença maternidade. Impugnou o conteúdo das mensagens eletrônicas juntadas pela reclamante, afirmando que devido a possibilidade de serem editadas, não possuem credibilidade.

Pois bem.

A finalidade das normas contidas no artigo 7º, XVIII da CR e no artigo 10, inciso II, do ADCT, é a proteção à maternidade e à criança, assegurando, assim, que esse momento especialíssimo possa transcorrer sem transtornos, o novo ser humano possa se desenvolver adequadamente e a mãe-trabalhadora se recupere fisicamente e emocionalmente para o retorno de suas atividades laborais.

Entretanto ocorre que, por cobrança do empregador, grande número de mulheres se sente na obrigação de trabalhar em dobro quando estão grávidas; outras antecipam a volta da licença maternidade, com medo de perder o espaço conquistado, o que não se pode admitir. Aceitar estes fatos seria dar prevalência ao interesse econômico da empresa em detrimento do direito à vida do nascituro, à saúde do bebê e da trabalhadora. Vejamos se foi isso o que aconteceu no presente caso:

A reclamante declarou que sua licença começou no dia 10.01.2010; que trabalhou durante todo o período de licença maternidade e que até mesmo no dia do parto houve cobrança da empresa a ser respondida por correio eletrônico (fl. 145).

Para tanto, juntou cópia de e-mails institucionais mantidos entre ela, reclamante (XXXXXX@promotora.XXXXX.net), o Sr. (...), gerente de vendas - diretor comercial (fls. 06, 10, 14, 19 - XXXXXXX@XXXXXX.net), o setor de transporte da reclamada (fl. 12 - atendimento_transportesn@XXXXX.net), setor de treinamento (fl. 20 - treinamento@XXXXXX.net) e outros (fls. 21-31), todos eles mantidos durante o período de licença maternidade, comprovando sua atuação na empresa.

Tratando-se de e-mails institucionais da reclamada (www.XXXXX.net), considerando a aptidão para a produção da prova, não basta para a empresa simplesmente negar autenticidade a tais documentos pela possibilidade de serem editados, já que poderia facilmente juntar os originais, que fazem parte de seu banco de dados. Desta forma, há sim que se admitir tais documentos como verdadeiros e que os mesmos

comprovam que a reclamante exerceu suas atividades laborais durante o período de licença maternidade.

Ademais, a preposta confessou em juízo que "a reclamante como promotora tinha uma assistente em sua casa, sendo funcionária da empresa; que a funcionária quando entra de licença designa uma pessoa para ser assistente, a empresa contrata, pois são necessários telefonemas, malotes, repassar os serviços e apoio à substituta; que a reclamante optou que a assistente ficasse em sua casa; que o (...)era o gerente da reclamante à época" (fls. 145 e verso). Grifei.

A testemunha da reclamante confirmou que a assistente (...) frequentava a casa da reclamante para resolver assuntos de trabalho (fl. 145/verso).

Dessa forma, entendo comprovado que a reclamante foi obrigada a continuar trabalhando para a reclamada durante seu período de licença maternidade, atitude esta que não pode ser considerada um simples "dissabor" como quer fazer crer a recorrente. Trata-se de atitude grave que acabou causando profundo abalo psicológico à autora, que passou a desenvolver sérios problemas psicológicos, necessitando submeter-se a tratamento com anti-depressivos, conforme atestado médico de fl. 09.

Assim, comprovada a atitude ilícita da reclamada, também se faz presente o nexo de causalidade entre o ato culposo e o dano experimentado pela vítima, gerando o seu dever de indenizar.

Desta feita, é devida a indenização pleiteada pela autora, nos termos do art. 927 do Código Civil, pois presentes os três elementos caracterizadores da responsabilidade civil da empregadora. Presente o dano, caracterizado pelo trabalho regular durante o período de licença maternidade. Presente a culpa da empregadora, que não observou as normas de proteção à saúde, higiene e segurança do trabalho, o que violou a incolumidade mental da trabalhadora, causando-lhe perturbação psicológica. E por fim, presente o nexo causal, pois a conduta da reclamada acabou por acarretar sofrimento e angústia à autora.

[...]

Passo a analisar o *quantum* indenizatório.

A quantificação da indenização pelos danos sofridos pela vítima deve pautar-se por parâmetros, de modo a não se condenar a reclamada ao pagamento de uma indenização em valor fora da realidade econômica, na medida em que as decisões judiciais devem ser proferidas dentro de um equilíbrio social, o que significa dizer que não se pode ficar preso à

superproteção aos trabalhadores.

Portanto, devemos encontrar meios para medir esse dano através de um denominador comum que seja o mais justo para as partes - ofensor e ofendido, aproximando a decisão, não só aos ditames da lei e da aritmética pura e simples, mas das diretrizes da Lei Maior que consagrou este direito de forma expressa, valorizando, sobremaneira, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Cito, pois, alguns critérios que levo em conta para a avaliação do dano moral, considerando os parâmetros sugeridos pelo STJ, quais sejam: a) arbitramento com moderação e razoabilidade; b) proporcionalidade ao grau de culpa; c) proporcionalidade ao nível sócio-econômico da vítima; d) proporcionalidade ao poder econômico da reclamada; e, por fim, e) atenção à realidade e às circunstâncias do caso concreto, valendo-se da experiência e do bom senso.

Assim, com base no sistema avaliativo apresentado e considerando o porte da empresa reclamada, que segundo documento de fl. 38 apresentou lucro líquido no exercício de 2009 de R\$683.923.598,58 (seiscentos e oitenta e três milhões, novecentos e vinte e três mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e oito centavos), todavia, entendo que o valor fixado pela sentença de primeiro grau relativo à indenização por dano moral está acima do dano experimentado pela reclamante, reconhecendo como proporcional e compatível ao dano sofrido pela empregada a quantia de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a este título.

Desse modo, dou provimento, em parte, ao recurso da reclamada para, reformando a r. decisão recorrida, reduzir a indenização por dano moral para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

(...) - Destaquei.

A Reclamada alega que as mensagens eletrônicas (e-mails) juntados pela Reclamante são inidôneos, pois podem ter o conteúdo alterado no corpo da mensagem, através do próprio software editor de texto antes da impressão.

Aponta violação aos arts. 5º, II, LIV e LV da CR/88; 394 e 361 do CPC.

O Regional constatou a ocorrência de trabalho durante a licença maternidade com base em outras provas além dos e-mails institucionais, como a confissão da preposta da Reclamada e o depoimento da testemunha da Reclamante, razão pela qual, ainda que fosse reconhecida a pretensa inidoneidade dos e-mails, nenhuma utilidade existiria para a Reclamada.

Ademais, como se trata de documento comum a ambas as partes, caberia à Reclamada, receptora, juntar as cópias das mensagens de e-mails em seu poder, a fim de comprovar o alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Reclamante (art. 333, II, do CPC).

Diante desse quadro, ileos os dispositivos invocados.

Recurso de Revista não conhecido.

[...]

b) Mérito

*Como consequência do conhecimento do Recurso de Revista por contrariedade à Súmula 219 do TST, **dou-lhe provimento** para excluir da condenação os honorários advocatícios.*

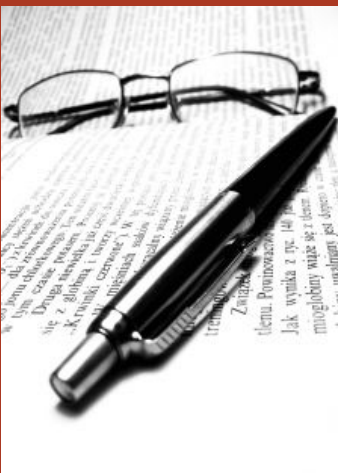
ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista em relação ao tema "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS", por contrariedade à Súmula 219 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios.

Brasília, 2 de Abril de 2013.

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
MINISTRA RELATORA

Ementas



DANO MORAL. PERDA DE VAGA NO MERCADO DE TRABALHO. MENSAGEM DE CORREIO ELETRÔNICO. PROVA FRÁGIL.

O serviço de correio eletrônico, conhecido como *e-mail*, não constitui meio de prova fidedigno. A falta de assinaturas, a possibilidade de alteração, no 'percurso' entre o remetente e o destinatário, bem como a facilidade de cadastramento de dados pessoais sem comprovação desaconselham a adoção irrestrita dessa espécie de prova. Apenas a assinatura eletrônica, procedimento complexo que depende de regulamentação legal, no país, poderia conferir algum grau de certeza quanto à autenticidade do documento. Dessa forma, a simples apresentação de mensagem impressa em que se comunica a perda de vaga pela demora na apresentação de documentos representa apenas indício, e não prova de que o atraso na devolução da CTPS tenha provocado abalo moral a merecer reparação. Recurso a que se nega provimento, no particular, para manter a rejeição ao pedido de danos morais. (PROCESSO 00990-2004-660-09-00-1 (RO 1080/2005) (PUBLICAÇÃO EM 08-11-2005) Juiz(a) Relator(a): MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU.

INTERNET - MENSAGENS ELETRÔNICAS - E-MAIL - COMUNICADOR INSTANTÂNEO - ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SIGILO - INVOLABILIDADE - 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. (PROCESSO 02963-2005-002-09-00-4 (RO 9856/2006) (PUBLICAÇÃO EM 19-01-2007) SALVO EM 20/10/2006 Juiz(a) Relator(a): SUELI GIL EL-RAFIH.

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO: DEMISSÃO SUMÁRIA DE EMPREGADO. RIGOR EXCESSIVO, PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

"É livre a manifestação de pensamento" (CF, art. 5º, IV). A atitude de demitir sumariamente o empregado em razão da manifestação de pensamento em resposta à mensagem da empresa, via correio eletrônico, que não guarda correlação com o contrato de trabalho, afigura-se discriminatória. A despedida abusiva, que gera um *desequilíbrio* na relação jurídica e humana, merece a censura legal. Todo excesso no exercício do poder potestativo que cause *sofrimento* de ordem moral ao trabalhador é passível de indenização. Com efeito, o poder potestativo do empregador esbarra nos direitos e garantias individuais, em especial aqueles referentes às liberdades públicas. A Constituição Federal, além de consagrar a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem, garante também a liberdade de pensamento, de expressão e de comunicação, independente de censura ou licença prévias (art. 5º, incisos IV e IX). No presente caso, há um evidente dano moral, causado ao obreiro, decorrente do sofrimento que lhe foi imposto pela injusta demissão, apenas por haver manifestado o seu pensamento, o que gera para o empregador a obrigação de indenizá-lo. (PROCESSO 01791-2001-670-09-00-5 (RO 3631/2005) **(PUBLICAÇÃO EM 31-01-2006)** Juiz(a) Relator(a): **BENEDITO XAVIER DA SILVA**)

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-PR-02379-2006-673-09-00-6-ACO-33941-2008 – 1ª. TURMA Relator: EDMILSON ANTONIO DE LIMA - Publicado no DJPR em 19-09-2008**

RECURSO DE REVISTA. [...] 3. JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO. TRANSMISSÃO DE MENSAGEM INADEQUADAS.

O **correio eletrônico** corporativo é ferramenta de trabalho, que deve ser utilizada de forma segura e adequada, respeitando os fins a que se destina e os limites expressamente definidos pelo empregador. Nessa situação, o empregado utiliza computador e provedor da empresa e do próprio endereço **eletrônico** que lhe foi disponibilizado, devendo fazer uso das ferramentas, estritamente, para fins de trabalho. Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de mensagens manifestamente inadequadas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando o desfazimento do pacto laboral. Recurso de revista conhecido e provido. [...]

Processo: RR - 269-80.2010.5.09.0594 **Data de Julgamento:** 10/04/2013, **Relator Ministro:** Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 12/04/2013.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. [...] 2. JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO.

O **correio eletrônico** corporativo é ferramenta de trabalho que deve ser utilizada de forma segura e adequada, respeitando-se os fins a que se destina. A divulgação de mensagens impróprias justifica o desfazimento do pacto laboral. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. [...]

Processo: AIRR - 476-79.2010.5.09.0594 **Data de Julgamento:** 20/03/2013, **Relator Ministro:** Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 26/03/2013.

[...]INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - VIOLAÇÃO À INTIMIDADE - ARROMBAMENTO DE ARMÁRIO PRIVATIVO E VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA PESSOAL (CORREIO ELETRÔNICO E DADOS PESSOAIS) (por violação ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal).

O Tribunal Regional, embasado nas provas dos autos, na forma preconizada pela Súmula nº 126 desta Corte, constatou presentes os elementos

caracterizados da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o nexo de causalidade e a conduta ilícita do agente ofensor. Observe-se que o Colegiado constatou que, *in casu*, a prova testemunhal produzida confirma o fato alegado na inicial como ensejador da reparação pretendida, no sentido de que houve arrombamento do armário privativo do reclamante bem como violação de sua correspondência pessoal, inclusive **correio eletrônico** e dados pessoais. Dessa forma, houve, de fato, efetivo prejuízo de ordem moral ao reclamante. Recurso de revista não conhecido.

Processo: RR - 183240-61.2003.5.05.0021 **Data de Julgamento:** 05/09/2012, **Relator Ministro:** Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 14/09/2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO . LEI Nº 9.800/99.

A petição de recurso de revista foi interposta com amparo na Lei nº 9.800/99, e enviada por **correio eletrônico**. No entanto, não foi trasladada a peça original, devidamente assinada pelo seu subscritor, o que torna a apresentada no agravo apócrifa. Nesse contexto, se a parte utilizou-se da faculdade prevista na Lei nº 9.800/99 para o envio de seu recurso por meio de transmissão de dados e imagens, deve observar o que dispõe a lei como seu ônus processual. Agravo de instrumento não conhecido.

Processo: AIRR - 25540-19.2007.5.12.0043 **Data de Julgamento:** 06/10/2010, **Relatora Ministra:** Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 15/10/2010.

Sentenças

Juíza Ilse Marcelina Bernardi Lora

Processo Nº XXXXX - 2009-094-09-00-8 Publ. Em 11-12-2009, Vara Do Trabalho De Francisco Beltrão, Juíza **Ilse Marcelina Bernardi Lora**

(Autor), qualificado na inicial, demandou em face de (Ré), buscando a satisfação de verbas decorrentes do contrato de trabalho mantido com a ré no período de 04.11.2002 a 23.07.2008. Seu último cargo foi de analista de produção. Operava programas informatizados para o controle de produção. Foi despedido por justa causa sob a alegação de que estava enviando e recebendo mensagens eletrônicas com material pornográfico nos terminais da empresa, embora jamais tenha adotado tal conduta. A difamação que lhe foi imputada causou danos à sua honra objetiva e subjetiva. Todos os empregados da ré têm senha de acesso e login. Muitas vezes seu login e senha eram utilizados por outras pessoas, sempre com o consentimento da ré. Juntou extratos para comprovar que a utilização de seu login e senha em horários diversos daqueles de sua jornada de trabalho. Sustentou desproporcional a penalidade que lhe foi imposta, defendendo a gradação das penas. Requereu declaração de nulidade da despedida por justa causa, com conversão para despedida sem justa causa, pagamento de aviso prévio, 13º salário proporcional, FGTS e respectiva multa, indenização do seguro-desemprego, multas convencional e dos art. 467 e 477, da CLT. Atribuiu à causa o valor de R\$50.000,00.

Citada na forma da lei, a ré produziu defesa. Invocou a prescrição. Disse que, por ocasião da admissão, o autor passou por processo de treinamento, onde são esclarecidas as regras da empresa quanto à utilização de email, internet, intranet e similares. O email corporativo deve ser utilizado apenas para o desenvolvimento do trabalho. O autor trabalhou por mais de cinco anos e tinha conhecimento das normas e consequências do uso indevido do correio eletrônico, havendo, ainda, previsão expressa a respeito em ACT. Teceu considerações sobre os procedimentos para acesso à rede interna dos computadores, esclarecendo que a senha é de conhecimento apenas do autor e intransferível. Impugnou os documentos de fls. 13/15, aduzindo que demonstram que o autor forneceu sua senha a outro trabalhador, em afronta às normas internas. O autor foi despedido por justa causa em razão de envio, em 19.07.2008, às 14h40min, de mensagem eletrônica contendo vídeo com material pornográfico, valendo-se para

tanto da ferramenta Outlook - correio eletrônico e email corporativo. Afirmou adequada a penalidade, em razão do abalo da confiança. Na hipótese de afastamento da justa causa, colocou-se à disposição para fornecer as guias necessárias ao encaminhamento do seguro-desemprego. Não houve divulgação dos fatos que determinaram a rescisão contratual e não cometeu ato ilícito a ensejar indenização. Impugnou todos os pedidos deduzidos na exordial, requerendo, a final, a improcedência.

Na instrução, colheram-se provas documental e testemunhal.

Ao final, arrazoaram os litigantes, mantendo-se inconciliáveis.

É O RELATÓRIO.

DECIDE-SE:

[...]

2.- Da forma e causa da rescisão contratual

Por justa causa entende-se a prática de ato doloso ou culposo, de gravidade tal que faça desaparecer a fúducia e boa-fé existentes entre os contratantes, inviabilizando o prosseguimento da relação de emprego e autorizando a parte prejudicada a rescindir o contrato, sem ônus para aquele que toma a iniciativa da resolução. Haverá justa causa para o rompimento do vínculo quando da conduta do empregado resultar comprometida a confiança nele depositada pelo tomador do serviço. A estabilidade das relações de emprego exige ainda que exista atualidade do ato faltoso, ou seja, a aplicação da penalidade deve se fazer imediatamente à prática do ilícito, pena de se ter perdoada a falta. Isso para que não permaneça o empregado sob ameaça constante de punição, o que pode comprometer suas atividades e sua produção. Por fim, há de existir determinância, significando que a causa real do despedimento é a prática do ato faltoso. Indicada a causa concreta da resolução do contrato de trabalho, não mais poderá ser modificada, a fim de que se evitem argumentos forjados e atitudes fraudulentas.

No ordenamento jurídico pátrio adotou-se princípio semelhante ao da reserva legal, vigente no Direito Penal, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Assim, inexistente justa causa sem previsão legal expressa, devendo o ato faltoso ser necessariamente enquadrado em lei, notadamente nas alíneas do art. 482, da CLT, quando se analise a conduta do empregado.

Merece acolhida a tese da ré, dizente com a existência de justo motivo para a despedida.

Consoante revela o documento de fl. 45, em 19.07.2008, às 14h40min, houve envio, a partir do endereço eletrônico do autor () para (), de mensagem de conteúdo pornográfico, cuja cópia está acondicionada em envelope, mantido na contracapa dos autos.

O autor, no dia em questão, cumpriu jornada das 9h51min às 14h54min, conforme informou a demandada e é comprovado pelo cartão-ponto de fl. 44.

Para o encaminhamento da mensagem houve utilização do email corporativo do autor.

Consta à cláusula 42 do ACT 2007/2008:

Uso indevido do e-mail, Internet e similares/auditorias nas estações de trabalho

Os empregados da Segunda Acordante estão cientes que não permitida a utilização das ferramentas de correio eletrônico (e-mail), internet, intranet e similares para fins outros que não a serviço ou com atividades não relacionadas ao exercício das funções do empregado, mesmo que fora do horário de trabalho. (fl. 58).

Exame da prova testemunhal também permite concluir que a proibição em questão era de conhecimento de todos os empregados, que também tinha ciência acerca das normas pertinentes ao uso do correio eletrônico e sobre a necessidade de manter sigilo sobre a senha pessoal, o que, ademais, decorre do próprio princípio da razoabilidade.

Disse a testemunha ouvida a convite do autor, (...), que trabalhou para a ré de 25/07/94 a 11/12/08. Nos últimos 06 a 07 anos do contrato é que passou a ter acesso ao sistema informatizado. A empresa determinava o login e o depoente escolhia a senha. O sistema informava a cada 03 ou 04 meses que a validade da senha iria expirar e então o depoente mudava a senha. **A senha do depoente era pessoal. A orientação da empresa foi no sentido de manter sigilo acerca da senha pessoal, o que se dava em relação a todos os trabalhadores.** Ressalvou que tinha a senha pessoal do supervisor que foi fornecida por este, em razão de que ele passava muito tempo em reuniões. O depoente então abria o correio eletrônico do supervisor, com autorização dele. Cada empregado tinha acesso a parte

do sistema. O depoente tinha acesso à parte de colegas, citando (...) e (...), que forneceram a senha ao depoente, para este alimentar o sistema na ausência dos colegas. A mesma senha abria o sistema e dava acesso ao correio eletrônico. Depois dos problemas havidos com o autor, cuja senha o depoente conhecia, houve determinação da empresa para que houvesse senha específica para o correio eletrônico corporativo. **A determinação da empresa é de que o e-mail corporativo seja usado exclusivamente para as atividades laborais.**" (fl. 65 - destacou-se).

Ainda que a testemunha tenha dito que as orientações não eram respeitadas, no que concerne ao sigilo do login e da senha, o conteúdo das informações das testemunhas ouvidas a convite da ré permite concluir que, se houve desrespeito, restringiu-se a poucos trabalhadores e à revelia da empregadora.

Disse a primeira testemunha ouvida a convite da ré, (...), que trabalha para a ré desde 06/05/96: "Quando foi admitido, já havia computadores na empresa. A partir do exercício da função de analista de laboratório passou a trabalhar com computadores. Recebeu então orientações sobre o uso do computador. **Foi dito ao depoente que o login e a senha eram intransferíveis e deveriam ser usados sob sua responsabilidade. Se eventualmente o depoente repassasse os dados para terceiros, a responsabilidade seria sua. O login é indicado pela empresa e a senha é escolhida pelo empregado, com mudança a cada 03 meses, sendo a necessidade de mudança indicada pelo sistema. Se o usuário quiser pode mudar a senha a qualquer momento. O depoente não sabe a senha de colegas. Nunca forneceu sua própria senha a colegas. Não tem conhecimento de que colegas informem a senha a outros por necessidade de trabalho. O depoente tem e-mail corporativo, que deve ser utilizado exclusivamente para o trabalho.**" (fl. 66 - destacou-se).

A segunda testemunha ouvida a convite da ré, (...), que trabalha para a demandada desde 02.03.2006, afirmou: "Iniciou no encaixotamento, como operador de produção. De 10/08 a 02/09 trabalhou na compra de grãos, retornando então ao setor de encaixotamento, como operador de produção. **Na época em que trabalhou na compra de grãos usava computadores. A empresa forneceu login e o depoente escolheu a senha. Segundo determinação da empresa, a senha é pessoal e intransferível. Não tem conhecimento de que exista compartilhamento de senhas na empresa.** Desconhece as razões do desligamento do autor. **O depoente tem e-mail corporativo, que deve ser usado exclusivamente para o trabalho. Os empregados, quando são admitidos, passam por treinamentos, onde recebem informações sobre o uso do login, da senha e do e-mail corporativo.**" (fl. 67 - destacou-se).

Ainda que pudesse ter havido algum grau de leniência na fiscalização empreendida pela ré acerca da proibição do compartilhamento de senhas, ensejando desrespeito por parte de alguns trabalhadores, tanto, sabidamente, não confere roupagem de licitude à conduta do autor.

Os documentos de fls. 13/15, conforme esclareceu a ré, sem qualquer contestação específica de parte do autor, são relatórios do software SAP (gestão de negócios), diverso do ambiente onde se encontra o correio eletrônico, não se prestando, assim, máxime diante do conteúdo da prova testemunhal acima mencionada, a comprovar a permissão, de parte da ré, de compartilhamento de senhas.

Ainda que pudesse ter havido algum grau de leniência na fiscalização empreendida pela ré acerca da proibição do compartilhamento de senhas, ensejando desrespeito por parte de alguns trabalhadores, tanto, sabidamente, não confere roupagem de licitude à conduta do autor. A reiteração do comportamento irregular, por si só, não lhe retira a condição de ilícito. O autor, ciente da proibição, ainda que a norma não fosse respeitada por todos, não deveria infringi-la, na medida em que tanto lhe impõe o princípio da boa-fé objetiva e da confiança que permeiam a relação de emprego. Também há ofensa ao princípio da boa-fé objetiva no ato de encaminhar mensagens impróprias, consoante ocorreu no caso em apreço. Sobre o princípio da boa-fé objetiva, ensina a doutrina:

[...] a expressão *boa-fé objetiva* exprime o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade - enfim, o *civilter agere* que deve pautar as relações inter-subjetivas regradas pelo Direito. Essa é a razão pela qual enquanto no sentido subjetivo a boa-fé se esgota num dado de fato, no sentido objetivo o princípio da boa-fé revela um potencial *jurisgênico*, isto é, produtivo de normatividade, servindo, assim, ao direcionamento de condutas no tráfego jurídico.

[...]

O princípio da boa-fé objetiva estabelece um *padrão comportamental*. Esse padrão é o da conduta *proba, correta, leal*, que considera os legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a ambiência e a função da relação, pois visa, imediatamente a lograr o correto processamento da relação e, mediatamente, assegurar a confiança no tráfego negocial. **Na relação**

obrigacional, portanto, considerado o mandamento de "agir segundo a boa-fé", as partes se devem mutuamente lealdade e probidade (como correção de condutas) no trato dos interesses envolvidos naquela relação a fim de que esta chegue ao adimplemento satisfativo.

[...]

Para tanto, o princípio da boa-fé cria para os sujeitos de uma relação obrigacional uma ordem envolvente de condutas que imanta a conduta negocial, a mensura e a direciona aos valores da probidade, honestidade e lealdade próprios de um *civiliter agere*, não apenas impedindo comportamentos desleais (eficácia negativa), mas impondo deveres às partes (eficácia positiva). [...]. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. 5, t. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p.62-63 e 76-77 - destacou-se).

A atitude de encaminhar, via correio eletrônico, valendo-se de email corporativo, material de conteúdo pornográfico configura mau procedimento (CLT, art. 482, "b"), em sua acepção ampla, que corresponde a irregularidades praticadas pelo empregado, incompatíveis com o modo de agir do homem comum. Enfatiza *Giglio* que "O mau procedimento, portanto, é a mais ampla das justas causas, e, por isso, a mais difícil de conceituar. As tentativas, nesse sentido, têm sido malsucedidas, ao que nos parece, por partirem de premissas falsas." Buscando restringir o conceito desta figura jurídica, *Giglio* leciona, na seqüência, que "De uma maneira geral, os doutrinadores classificam como mau procedimento o comportamento incorreto do empregado, através da prática de atos que firam a discricção pessoal, as regras do bem viver, o respeito, o decoro e a paz; atos de impolidez, de grosseria, da falta de compostura, que ofendem a dignidade" (*Giglio*, Wagner D. *Justa Causa*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 69/70).

A tese do autor de que não foi ele o responsável pelo envio não merece acolhida. Atendidas suas atribuições, é de se supor que se encontrava no terminal do computador que rotineiramente utilizava no

momento em que a mensagem foi enviada, na medida em que o ato se deu poucos minutos antes do encerramento da jornada. Por outro lado, ainda que fosse verdadeira a alegação do autor, mesmo assim haveria justo motivo para o despedimento, na medida em que o demandante teria praticado ato de indisciplina (CLT, art. 482, "h"), que se caracteriza pela inobservância às ordens gerais do empregador.

Também não se vislumbra a alegada desproporcionalidade da pena, em razão da gravidade do ato praticado pelo autor, que abalou, irremediavelmente a confiança, pilar sobre o qual se estrutura a relação de emprego.

Escorreta, portanto, a conduta patronal, na medida em que não é lícito exigir-lhe que mantenha, em seus quadros, empregado que demonstra absoluto descaso para com seus deveres contratuais, máxime por se tratar de empresa com quadro de pessoal considerável. Nessas circunstâncias, a experiência demonstra que eventual leniência do empregador pode estimular também a prática de irregularidades por outros trabalhadores, com inescandíveis prejuízos ao ambiente laboral.

Indeferem-se, em consequência, os 8.1, 8.2, 8.3, 8.4, 8.5, 8.6 e 8.7.

3.- **Do dano moral**

A responsabilidade civil, conforme disposto no art. 186 do Código Civil, pressupõe uma ação ou omissão voluntária - qualificada como um ato ilícito -, a ocorrência da violação de um direito ou de um dano moral ou patrimonial e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.

O ato ilícito, na lição de Maria Helena Diniz, *constitui uma ação (comissão ou omissão), imputável ao agente, danosa para o lesado e contrária à ordem jurídica. Essa violação jurídica poderá consistir em desobediência a um dever previsto no ordenamento jurídico (ilícito civil ou penal) ou a uma obrigação assumida (inexecução de contrato)* (Curso de Direito Civil Brasileiro, 3. ed., Saraiva, 1987, v. 7, p. 19).

Segundo o art. 188, I, do Código Civil, não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

A lei assegura ao empregador o poder diretivo, também chamado por parte da doutrina de poder empregatício. Este, na lição de Delgado, "é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como *conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação*

de serviços." (Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002, p.608).

O poder de direção representa exteriorização da autoridade do empregador e torna-se efetivo por meio do poder disciplinar, que diz respeito à capacidade conferida ao empregador de aplicar sanções ao empregado que descumprir deveres a que está sujeito, em razão da lei, da norma coletiva ou do contrato.

Sobre os limites do exercício do poder diretivo, assinala Alice Monteiro de Barros:

"O exercício do poder diretivo, como se infere dessa última vertente, possui **limites "externos"**, impostos pela Constituição, por outras leis, pelo contrato, como também pelas normas coletivas, e também um **limite "interno"**, como assevera Montoya Melgar, isto é, ele deverá ser exercido de boa-fé de forma regular." (Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, março, 2005, p.554).

Comprovada a prática de ato faltoso pelo autor, não há que se falar em falsa imputação de falta grave por parte da reclamada. Ao aplicar a pena de despedida por justa causa ao autor, a ré exerceu seu poder disciplinar, não havendo informações de excessos passíveis de enquadramento como atos ilícitos, a atrair o dever de indenizar. Ademais, não há comprovação nos autos de que a ré tenha dado publicidade aos motivos da rescisão contratual.

Há que se destacar que a dispensa por justa causa, por si só, não gera dever de indenizar por danos morais. Colaciona-se a respeito a seguinte ementa:

"JUSTA CAUSA - IMPROBIDADE - DANO MORAL - Embora se possa reconhecer que em determinadas situações extremadas a despedida motivada do trabalhador possa materializar a hipótese de dano moral por mácula à sua imagem funcional, este não é o caso quando a despedida por justa causa decorre de atos desabonadores reconhecidamente praticados pelo Reclamante. Indevida, portanto, a condenação de indenização por dano

moral.TRT-PR-99517-2006-325-09-00-3-
ACO-04314-2007 - 4A. TURMA - Relator:
ARNOR LIMA NETO - Publicado no DJPR
em 23-02-2007)."

Rejeita-se, por isso, o pedido "8.11".

[...]

PELO EXPOSTO, julgam-se **IMPROCEDENTES** os pedidos deduzidos pelo autor, (...), em face de (...), absolvendo-se a demandada das cominações insertas na petição inicial.

Custas de R\$1.000,00, calculadas sobre o valor dado à causa - R\$50.000,00 -, são atribuídas ao autor, de cujo pagamento é dispensado, por se encontrar ao abrigo da justiça gratuita.

Registre-se.

Arquivem-se, após o trânsito em julgado.

Cientes as partes.

ILSE MARCELINA BERNARDI LORA
JUÍZA DO TRABALHO

Sentenças

Juíza Anelore Rothenberger Coelho

Processo nº XXXXX - 2008-652-09-00-1 Publ. Em 03-07-2012, 18ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Anelore Rothenberger Coelho

Proferida sentença às fls. 654/663, inconformado, interpôs o reclamante recurso ordinário, alcançando junto ao Juízo "ad quem" o reconhecimento do vínculo de emprego com o 1º reclamado no período de 12/8/2005 a 15/5/2006, quando esta ré rescindiu o contrato de trabalho. Foi determinada a baixa dos autos para julgamento dos demais pedidos.

FUNDAMENTAÇÃO

[...]

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

O pedido de indenização por dano moral decorre do fato de não ter sido anotada sua CTPS pelo 1º reclamado, dizendo que isto lhe trouxe prejuízos de ordem financeira e emocional; que o pedido também está calcado no fato de ter que arcar com despesas de aluguel de imóvel, telefone, adquirir computador, comprar móveis de escritório e material de expediente, necessários ao desempenho de suas atividades em favor do reclamado.

Alega que o 1º reclamado demorava em fazer os repasses dos valores devidos para cobrir estas despesas, o que exigiu que fizesse empréstimos bancários junto ao Banco Itaú, e que estes ainda não foram quitados. Com estes fatos diz que seu crédito ficou abalado, teve cheques devolvidos, a linha telefônica e fornecimento de luz e água foram cortados, e seu nome foi inscrito no SPC e SERASA. Concluiu, afirmando que esta situação lhe causou doenças, citando gastrite, depressão e ansiedade. Diante deste constrangimento, pediu indenização por danos morais no importe de R\$70.000,00, ou em valor a ser fixado pelo Juízo.

Primeiramente, deve ser ressaltado que o pedido está restrito a indenização por danos MORAIS.

Para que haja condenação ao pagamento de indenização por dano moral, que tem como substrato a responsabilização subjetiva

contemplada no art. 186 do Código Civil, é imperativa a violação de algum dos direitos inerentes à personalidade. As espécies que o configuram são o dano estético, o dano à intimidade, o dano biológico (vida), **o dano psíquico e o dano à vida de relação (honra, dignidade, honestidade, imagem, nome e liberdade)**.

O reclamante reportou danos àquelas áreas grifadas no parágrafo anterior, cabendo a ele o ônus da prova do dano alegado, pois se trata de fato constitutivo do seu direito, nos termos dos artigos 333, I do CPC e 818 da CLT.

O dano moral não aceita presunção de sofrimento ou de dor insuportável para justificar indenização. É preciso que haja evidência, prova real, do dano à moral do trabalhador.

Para a configuração do dano moral, compete ao aplicador do direito analisar o caso concreto, tomando como parâmetro o que caracteriza a ofensa à moral do homem médio, sob pena de banalização desta figura indenizatória.

[...]

Quanto aos e-mails, como aqueles de fls. 230 e seguintes, que tratam do pagamento em atraso, por si só também não são suficientes para fazer prova do alegado dano moral.

Ademais, estes documentos não servem como meio de prova, pois não preenchem os requisitos formais de validade. Sobre tal matéria transcreve o Juízo Matéria extraída do site www.bvc.com.br, de autoria de Guilherme Schmitt Menezes, sócio da Bastos e Vasconcellos Chaves Advogados Associados[9]:

"E-Mail Impresso Como Meio De Prova No Processo Civil :

A. Introdução

Nos dias atuais, com a propagação da internet e de seus meios eletrônicos de comunicação, temos visto a ampla utilização do e-mail como um meio de comunicação efetivo tanto entre particulares, como no meio empresarial.

Esse meio de comunicação eletrônico muitas vezes é um dos poucos elementos capazes de atestar a criação de direitos ou obrigações decorrentes de fatos jurídicos que são apresentados

ao Poder Judiciário para o exercício de sua atividade jurisdicional.

Consoante as normas de direito processual civil brasileiro, dispomos de cinco meios para provar as alegações de fatos em juízo: a confissão, a prova documental, a prova pericial, a inspeção judicial e a prova testemunhal.

Na maioria dos casos, a prova que se pretende fazer com a utilização do e-mail se dá com uma mera impressão do mesmo que é juntada aos autos para comprovar a tese da parte.

E justamente nesse aspecto reside a questão da necessária avaliação da validade do e-mail impresso como meio de prova no processo civil brasileiro, em especial como prova documental nos termos dos Artigos 364 a 399 do referido diploma, pois sua popularidade como instrumento de comunicação não pode afastar a sua utilidade na apreciação jurisdicional.

B. O E-mail

O correio eletrônico que popularizou o e-mail como um verdadeiro meio de comunicação entre pessoas é anterior ao surgimento da própria Internet, sendo que a sua utilização foi uma das ferramentas cruciais para a criação da rede internacional de computadores.

O envio e recebimento de uma mensagem de e-mail se efetiva por meio de um sistema de correio eletrônico que é composto de programas de computador que suportam a funcionalidade de um sistema de banco de dados entre um ou mais servidores de e-mail que, através de um endereço de correio eletrônico, conseguem transferir uma mensagem de um usuário para outro.

Estes sistemas utilizam protocolos de Internet que permitem o tráfego de mensagens de um remetente para um ou mais destinatários que possuem computadores conectados à Internet, permanecendo os dados que integram essa mensagem eletrônica gravados nos bancos de dados eletrônicos dos servidores de e-mail e dos próprios computadores do remetente e dos destinatários.

E a reprodução do conteúdo, veracidade e autoria do e-mail apenas se pode dar mediante a utilização de certificação digital emitida por Autoridade Certificadora credenciada na Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil, menos comum, ou mediante cópia impressa da mensagem eletrônica, muito comum.

Frise-se que atualmente tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei da Câmara dos Deputados PLC nº 170/08 com o objetivo de incluir o Artigo 375-A no CPC para equiparar o e-mail aos telegramas e radiogramas no tratamento que lhes é conferido pelo Artigo 375 do CPC com a seguinte redação:

"O e-mail transmitido pela rede mundial de computadores internet goza de presunção de veracidade quanto ao emitente e às suas declarações unilaterais de vontade, desde que certificado digitalmente nos moldes da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil"

Contudo, mesmo com a promulgação da alteração do CPC para inclusão do Artigo 375-A ao CPC, a realidade fática ainda demonstrará uma enorme utilização de e-mails sem certificação digital e que, mesmo desprovidos de presunção de veracidade, ainda serão utilizados como elemento de prova em ações judiciais.

Desse modo, o e-mail quando impresso como prova documental nada mais passa a ser do que um verdadeiro extrato impresso de um banco de dados, podendo ser constituído de simples códigos armazenados em um único arquivo ou até muitos milhões de registros, armazenados em salas cheias de discos rígidos.

C. Prova Documental no Processo Civil

Segundo as lições de Chiovenda[1] e Liebman[2] as normas que regulam a matéria probatória têm natureza eminentemente processual, devendo tanto a validade, quanto a eficácia, das provas ser auferida através das disposições contidas no criterioso sistema do Código de Processo Civil.

Na prática do processo civil brasileiro a prova documental, sem desmerecer os demais meios de prova legalmente admitidos em nosso ordenamento jurídico, está presente na quase maioria dos casos e muitas vezes se apresenta como o único elemento capaz de instruir e convencer o Juiz em sua atividade jurisdicional.

Nos termos do Artigo 396 do CPC[3], o momento oportuno para a produção da prova documental ocorre com a propositura da ação no caso do autor e com a apresentação de defesa no caso do réu, salvo o caso de documento novo que pode ser apresentado a qualquer tempo, forte no Artigo 397 do CPC[4].

O Artigo 332 do CPC[5] autoriza a utilização de todos os meios de prova, desde que sejam legítimos, mesmo que não previstos em lei, devendo o documento ser válido e autêntico para ser aceito como prova.

Mas para que a prova seja admitida, além de possuir validade material, é preciso que preencha os requisitos formais de licitude, conforme bem leciona Nelson Nery Júnior ao afirmar que "[h]á ilicitude formal quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem"[6].

É preciso que se avalie se a forma documental foi preenchida nos termos prescritos em lei e que não haja expressa vedação. Via de regra, para que documentos possuam "eficácia probante", "devem obedecer aos estritos termos do art. 396, ou seja, sejam escritos e assinados"; de modo que no caso de documentos digitais, "sob o aspecto formal, um e-mail que não tiver sequer assinatura eletrônica não pode ser visto como meio de prova"[7].

Porém, com o advento da Lei 11.419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial e ainda alterou o CPC, foi alterada a possibilidade de prova do original dos extratos digitais de bancos de dados, tais como o e-mail, mediante uma exibição de cópia acompanhada de um atestado de que confere "com o que consta na origem".

Para tanto é preciso analisar a validade da prova apresentada para que a mesma possa ser aceita em Juízo, ou seja, confirmar se a prova apresentada preenche os requisitos legais para poder ser aceita em Juízo e gerar efeitos como elemento de convencimento do Juiz.

D. Requisitos Formal de Validade do E-mail Impresso como Meio de Prova

Nos termos da lei processual, as cópias dos extratos digitais de bancos de dados, tais como o e-mail impresso, somente fazem prova se preenchida a condição estipulada no Artigo 365, inciso V, do CPC, que assim dispõe:

"Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais: [...]"

V - os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem; [...]"[8]

Para serem admissíveis como prova documental, extratos impressos de entradas de bancos de dados de e-mails enviados e recebidos armazenados em um computador pessoal de um particular devem, necessariamente, ser acompanhados de declaração por parte da pessoa que mantém tal banco de dados atestando, sob pena de responsabilidade, a autenticidade da reprodução em relação ao original armazenado no banco de dados de seu programa de e-mail.

A legislação que regula o processo civil impõe um requisito para que a cópia impressa de um e-mail seja formalmente válida e, por conclusão, admissível como prova no processo civil.

Na prática, para que uma cópia dos arquivos digitais originais seja considerada como prova documental original, devem ser seguidos os requisitos previstos na legislação processual para essa modalidade de prova, sob pena de sua inadmissibilidade por ilicitude formal.

E. Conclusão

Conclui-se, assim, que para que um e-mail impresso seja admissível como prova do documento eletrônico original (banco de dados eletrônico), preenchendo os requisitos formais de validade previsto em lei, este deve ser apresentado em forma de extrato digital do banco de dados e vir acompanhado de uma declaração do emitente de que confere com o original, sob pena de ilicitude formal que contamina a prova pretendida produzir.

Guilherme Schmitt Menezes

Sócio da Bastos e Vasconcellos Chaves Advogados Associados[9]

[1] CHIOVENDA, Giuseppe. *La natura processuale Dell norme sulla prova e L'efficacia della legge processuale nel tempo. Saggi di diritto processuale civile.* Milano: Giuffrè, 1993. V. I, p. 242-243.

[2] LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manuale di diritto processuale civile - principi.* 5. Ed. Milano: Giuffrè, 1992. t. I, p. 323.

[3] Art. 396. *Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.*

[4] Art. 397. *É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.*

[5] Art. 332. *Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*

[6] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.*

8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 157.

[7] Duarte, Liza Bastos. O e-mail como meio de prova. Revista da Ajuris, v. 91, set. 2003, p. 179.

[8] Inciso V acrescentado pela Lei nº 11.419, de 19/12/06, com vigência 90 (noventa) dias após a sua publicação (grifos não originais)

[9] Sócio responsável pela área Cível"

[...]

Não provado o fato constitutivo do seu direito resta improcedente o pedido de indenização por danos morais.

[...]

DISPOSITIVO

Ante o exposto, decide a Décima Oitava Vara do Trabalho de Curitiba-PR, em complemento à decisão de fls.654/663, em conformidade com o que foi determinado pelo V. Acórdão de fls.718/723, julgar **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** o pedido deduzido por (**Autor**) em face de (**Réus**), ressaltando-se quanto aos dois últimos reclamados a possibilidade de sua inclusão no pólo passivo, na fase de execução, se necessária a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em face do 1º reclamado.

[...]

Cientes as partes.

**ANELORE ROTHENBERGER COELHO
JUÍZA DO TRABALHO**

Sentenças

Juíza Graziella Carola Orgis

Processo nº XXXXX - 2011-009-09-00-3 publ. em 31-08-2012, 9ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Graziella Carola Orgis

(Autor) demanda em face de **(Ré)**, formulando os seguintes pedidos: indenização por dano moral e honorários. Atribuiu à causa o valor de R\$ 25.000,00. A ré apresentou defesa e documentos, dos quais obteve vistas o autor. Em prosseguimento, ouvido o preposto da reclamada e inquirida uma testemunha. Sem outras provas a serem produzidas, encerrou-se a instrução processual. Razões finais aduzidas através de memoriais. Propostas conciliatórias infrutíferas.

[...]

II-B) MÉRITO.

1) DANO MORAL. MONITORAMENTO DE E-MAIL CORPORATIVO.

Alega o autor que foi procurado pelo advogado Dr. (...) para esclarecer sobre os direitos dos trabalhadores. Que, diante da atuação do autor em favor dos empregados da ré, eis que era ligado ao sindicato, a ré, com base na deliberação da Diretoria Executiva n. 1286, promoveu a invasão dos *e-mails* funcionais de todos os trabalhadores que receberam mensagens do advogado em questão, ficando autorizada a Divisão de Recursos e Sistemas de Informática – DRSI e a Divisão de Transportes e Infraestrutura – DVTI, a rastrear e copiar todos os *e-mails*. Afirma que seu e-mail funcional foi invadido, mas não através do setor autorizado, e sim pelo secretário geral da presidência da ré, Sr. (...). Que foram invadidos também outros *e-mails* que não estavam relacionados com o advogado Dr. (...), ofendendo a privacidade do autor. Postula indenização por dano moral.

Em defesa, a reclamada confirma que foram monitorados os *e-mails* dos empregados que trocaram mensagens com o advogado apontado na peça de ingresso. Sustenta que o *e-mail* corporativo consiste em ferramenta de trabalho, não havendo promessa ou expectativa de privacidade. Acrescenta que o Regramento Interno NG 114 prevê a possibilidade de monitoramento do *e-mail* corporativo de empregados

“pelo Diretor da área a qual o(a) empregado(a) está lotado(a) ou a quem este indicar”.

As atas notariais anexadas à exordial demonstram as mensagens que foram objeto do monitoramento em discussão nos autos.

Em depoimento pessoal, o preposto confirmou que houve monitoramento dos *e-mails* de empregados, inclusive do reclamante, a pedido verbal da diretoria da empresa. Esclareceu que havia um advogado angariando clientes dentro da empresa, utilizando-se dos *e-mails* corporativos e, inclusive, das instalações da reclamada, o que teria justificado a medida. Afirmou que todos os empregados são advertidos de que o uso do e-mail corporativo deve se destinar apenas ao trabalho para a ré.

A testemunha ouvida a convite da reclamada, Sr. (...), declarou ser o responsável pela área que monitora os *e-mails* dos empregados (DRSI), entregando o resultado para área que solicitou o rastreamento.

Inequivoco nos autos que o *e-mail* corporativo consistia em ferramenta destinada ao trabalho para a ré. Nesse contexto, não reputo invasão à privacidade dos trabalhadores o monitoramento das mensagens, pelo empregador, pois deveriam conter, apenas, informações relacionadas ao trabalho e, portanto, de interesse do empregador. Da mesma forma como as comunicações em papel, relacionadas ao trabalho, realizadas entre empregados ou setores da empresa, podem ser arquivadas e consultadas pelo empregador, as mensagens eletrônicas também podem, desde que esclarecido que o *e-mail* corporativo deve ser usado apenas para o trabalho, como é o caso dos autos.

Nesse contexto, entendo que não há que se falar em invasão à privacidade ou intimidade do empregado, ou mesmo em violação ao sigilo de comunicação, visto que as mensagens, em tese, não deveriam possuir conteúdo relacionado à vida privada ou íntima do empregado. A tal respeito, transcreve-se a seguinte ementa do E. TRT da 9ª Região:

“E-MAIL” CORPORATIVO. RASTREAMENTO PELA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. Evidente 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, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, sem que tal situação configure dano moral ao empregado.” **TRT-PR-01502-2006-001-09-00-9-ACO-32945-2008 - 4A. TURMA.**

(...) "não reputo invasão à privacidade dos trabalhadores o monitoramento das mensagens, pelo empregador, pois deveriam conter, apenas, informações relacionadas ao trabalho e, portanto, de interesse do empregador."

Relator: LUIZ CELSO NAPP. Publicado no DJPR em 12-09-2008

O E. TST possui precedente semelhante, conforme o seguinte trecho de ementa:

“...I) DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO - LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF.

1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados.

2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros.

3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela.

4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal.

5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos.” (...)

(Processo: ED-RR - 996100-34.2004.5.09.0015 **Data de Julgamento:** 18/02/2009, **Relator Ministro:** Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 20/02/2009.)

No mesmo sentido:

“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.”

Processo: RR - 61300-23.2000.5.10.0013 **Data de Julgamento:** 18/05/2005, **Relator Ministro:** João Oreste Dalazen, 1ª Turma, **Data de Publicação:** DJ 10/06/2005.

Concluo ausente prática de ato ilícito pela reclamada. O fato de a solicitação de que os *e-mails* fossem vistoriados pelo chefe de gabinete ter ocorrido de maneira verbal (como esclarecido pelo depoimento pessoal do preposto), por si só, não torna ilegal o monitoramento. O chefe de gabinete, como demonstra a defesa, exerce cargo de confiança e auxilia o diretor-presidente, em todas as tarefas que lhe forem designadas. Assim, tendo a diretoria indicado o chefe de gabinete, ainda que verbalmente, para analisar os *e-mails*, não reputo extrapolada a competência do chefe de gabinete.

Ainda, não se vislumbra ofensa à honra ou a imagem do reclamante. Não consta dos autos que a ré tenha divulgado entre outros empregados (que não os envolvidos no próprio monitoramento) ou terceiros as mensagens monitoradas. Também não consta que alguma das mensagens monitoradas possuísse conteúdo que pudesse atentar contra a honra ou imagem do reclamante, causando-lhe constrangimento ou sofrimento. Por fim, a exordial não alega que o reclamante tenha sofrido qualquer tipo de retaliação ou exposição, por ter trocado mensagens com o advogado mencionado na exordial. Assim, ainda que a ré tivesse agido de maneira abusiva, não haveria dano extrapatrimonial algum a ser reparado.

Concluo estarem ausentes os requisitos legais necessários à

configuração da responsabilidade civil, pois não houve prática de ato ilícito pela reclamada. Tampouco se vislumbra a existência de dano moral imposto ao reclamante.

Rejeita-se.

[...]

III – DISPOSITIVO.

DIANTE DO EXPOSTO, decido **REJEITAR INTEGRALMENTE** os pedidos formulados por (**Autor**) em face de (**Ré**), nos termos da fundamentação.

Custas pelo reclamante, no valor de R\$ 500,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 25.000,00.

Cientes as partes (Súmula 197 do E. TST).

Nada mais.

**GRAZIELLA CAROLA ORGIS
JUÍZA DO TRABALHO SUBSTITUTA**

Sentenças

Juíza Isabella Braga Alves

Processo nº XXXXX - 2011-005-09-00-8 publ. em 12-03-2012, 5ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Isabella Braga Alves.

(Autora) ajuizou ação trabalhista em face de **(Ré)**, todos qualificados nos autos, aduzindo os fatos e fundamentos constantes de fls. 2/9, tendo pugnado pela procedência dos pedidos formulados.

[...]

2. CONTRADITA ÀS TESTEMUNHAS SRAS. (...)

A testemunha Sra. (...), apresentada pela autora, fora contraditada sob o argumento de que era amiga íntima da autora, conforme documentos apresentados em audiência, extraídos de meios de comunicação interpessoal, tanto o mantido pela empresa (*Spark*), quanto o de uso pessoal da autora (*Skype*), que mostram conversas entre autora e testemunha.

A atitude do reclamado de invadir a privacidade de seu empregado, por meio de invasão de sua correspondência particular (meios de comunicação interna e pessoal *Skype* e *Spark*), ainda que acessada no computador de propriedade do réu, não nos dá margem a outra conclusão que não a de total violação a o direito fundamental da autora de privacidade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

É de se ressaltar que em momento algum restou demonstrada a proibição por parte da empresa de uso do computador de sua propriedade para fins pessoais, quais seja, acesso a correio eletrônico particular e mensagens instantâneas (*MSN*, *Skype*, *Spark*, entre outros), ou mesmo a ressalva de que caso tal conduta restasse demonstrada poderia ser motivo de vistoria dos dados por parte da reclamada.

Assim, demonstrado nos autos que a 1ª reclamada realizou monitoramento dos comunicadores internos utilizados na empresa, de uso pessoal da autora, o que caracteriza violação da intimidade desta, e, por se tratar a prova acostada aos autos pelo réu de prova obtida por meios ilícitos, a prova está totalmente contaminada de ilicitude (fls. 274/279),

pelo que será desconsiderada para os fins pretendidos pelo réu, por ser inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Ressalte-se que ainda que o reclamado tivesse dado ciência ao autor a respeito da monitoração dos comunicadores internos ou correio eletrônico, tal fato não alteraria a referida violação à privacidade e intimidade, pois para tanto deveria haver prova da autorização da autora neste sentido.

As garantias constitucionais constituem garantias dos cidadãos num Estado Democrático de Direito, e, por isto mesmo, não será no âmbito do Processo do Trabalho que se fará deles letra morta. Nesse sentido, o seguinte aresto:

PROVA ILÍCITA. INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO JUDICIAL. DIREITOS PATRIMONIAIS. É inadmissível, em processo judicial, a produção de prova ilícita, por força do disposto no art. 5.º, LVI, da Constituição Federal, bem como pelo teor do art. 332 do Código de Processo Civil, mormente quando a prova assim obtida se destina a demonstrar a existência de direitos patrimoniais. **Como leciona Vicente Greco Filho, "se a parte, por meios lícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova."** (GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 2.º Vol. 14.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 184). A vedação prevista na Constituição Federal poderia ser inflexionada, se a hipótese "*sub judice*" houvesse de considerar a salvaguarda de direitos individuais personalíssimos, mas esta não é a situação fática ou jurídica "*sub examem*"; que se concentra em tema exclusivamente patrimonial e disponível, de conformação probatória delineada em procedimento não observado pela parte a quem interessava o "*substractum*". Recurso ordinário da Reclamante a que se nega provimento. (TRT-PR-02018-2002-016-09-00-2-ACO-21859-2003. 1ª Turma. Relator Dr. Ubirajara Carlos Menses. publ-26-09-2003). Grifamos.

Passa-se à análise, assim, da prova oral realizada pela 1ª ré em relação à contradita das testemunhas, por amizade íntima.

[...]

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados por (**Autora**) em face de (**Ré**), nos termos da fundamentação, que passa a integrar este dispositivo para todos os fins, para condenar solidariamente as rés a efetuarem o pagamento à autora das horas extras e reflexos deferidas.

[...]

Isabella Braga Alves
Juíza do Trabalho

Sentenças

Juíza Camila Campos De Almeida

Processo nº XXXXX - 2007-003-09-00-3 publ. em 14-10-2008, 3ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, Juíza Camila Campos De Almeida.

Vistos, etc...

(**Autora**), qualificada nos autos, demanda em face de (**Rés**), igualmente qualificadas. Diz que foi contratada pela 1ª Ré, na função de vendedora. Trabalhou de 01/06/2007 a setembro/2007, percebeu remuneração fixa de R\$455,00 acrescida de comissões e foi obrigada a pedir demissão. Após exposição fática, postula os pedidos das fls. 21/22 da inicial. Dá à causa o de valor de R\$ 20.000,00 e, com a petição inicial, junta documentos.

[...]

Nulidade do pedido de demissão; rescisão indireta; Verbas rescisórias; Seguro desemprego; CTPS

A Autora postula a nulidade do pedido de demissão, alegando que foi obrigada a pedir demissão, pois teve seu email pessoal vasculhado pela 1ª Ré. Postula, ainda, declaração da rescisão contratual por iniciativa da empregadora sem justa causa, pagamento das verbas rescisórias, liberação das guias de seguro desemprego e retificação da data de saída na CTPS.

As Rés alegam que gravaram todas as conversas feitas no programa MSM, pelos empregados, nos computadores da empresa. Alega, ainda, que todos os empregados tinham conhecimento de que tudo que fosse feito utilizando os computadores da empresa seria gravado.

As Rés juntam aos autos as cópias das gravações das conversas feitas via email da Autora (fls.101/120).

Cabe ressaltar que a Autora não fundamenta seu pedido de reversão do pedido de demissão no fato de ter lhe sido entregue intimação da Delegacia de Furtos, assim não há maiores comentários a ser feito sobre o fato, neste tópico.

A primeira testemunha da Autora afirma que:

"5- depoente sabe que a ré "invadiu o email pessoal da autora-MSN" (...)

9- na admissão do depoente não foi avisado que o uso do computador, especificamente do MSN, era para fins profissionais e que seriam monitorados;"

A segunda testemunha da Autora afirma que:

"3- sabe que a autora pediu demissão por causa da invasão de seu email, que por causa disso houve acusações e pediram para autora não ir trabalhar; (...) depoente teve acesso ao MSN pouco tempo antes de sair da empresa porque passou a atender produtos com defeito e precisava entrar em contato com os fornecedores; avisaram ao depoente que o uso do MSN era para fins profissionais, mas não disseram que seria monitorado;"

A primeira testemunha das Rés, que trabalhava como motorista interna e externamente, afirma que:

"4- na época da autora depoente não tinha MSN, mas sabe que havia sido colocado como teste para fins profissionais; a ré comentou que iria monitorar o uso do MSN;"

A segunda testemunha das Rés afirma que:

"7- a ré avisou que estava fazendo um teste com o MSN, que seria implantado para uso exclusivamente profissional e que seria monitorado; (...)12- a ré comunicou verbalmente, em uma reunião, que o uso do MSN seria monitorado; depoente disse que não tinha email corporativo fornecido pela empresa;"

Evidente 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, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, sem que tal situação configure dano moral ao empregado.

Ocorre que, no caso dos autos, as Rés não forneceram email corporativo. Incontroverso nos autos que as Rés realizavam monitoramento dos email pessoais dos empregados, o que caracteriza violação da intimidade destes.

Ademais, as Rés afirmam que avisaram os empregados que os emails seriam monitorados, contudo tal fato não altera a referida violação, pois os empregados não autorizaram as Rés a procederem monitoramento de seus emails.

Cabe ressaltar, ainda que não restou provado nos autos que a autora só tomou conhecimento de que seu email pessoal estava sendo

"Incontroverso nos autos que as Rés realizavam monitoramento dos email pessoais dos empregados, o que caracteriza violação da intimidade destes."

monitorado, após seu pedido de demissão. Ônus que pertencia às Rés (art. 818 da CLT c/c 333, II do CPC) e do qual não se desincumbiram.

Assim, declara-se a nulidade do pedido de demissão da autora e a rescisão indireta do contrato de emprego mantido entre as partes, nos termos do art. 483, "d" da CLT, uma vez que as Rés deixaram de observar seu dever de respeito à intimidade dos empregados, direito fundamental (art.5º, X da CR/88).

A extinção do contrato de trabalho, quando decorrente de rescisão indireta, estabelece, para o empregador, no que aqui interessa, as obrigações de fornecer ao empregado os documentos necessários ao levantamento do FGTS (Lei 8.036/1990, art. 20, inc. I) e encaminhamento do seguro-desemprego (Lei 7.998/1990, art. 2º, inc. I; Resolução CODEFAT 392/2004, art. 13), e pagar ao empregado: saldo de salários; salários referentes ao período de aviso prévio (CLT, art. 487, § 1º); 13º salário proporcional (Lei 4.090/1962, art. 3º); férias proporcionais (CLT, art. 146); e indenização compensatória de 40% sobre o FGTS (Decreto 99.684/1990, art. 1º, § 1º).

Assim, o pedido merece acolhimento, mas, quanto ao seguro-desemprego, o acolhimento importa, como forma de assegurar resultado equivalente ao que resultaria do adimplemento da obrigação afeta ao empregador, em determinação de expedição de alvará destinados àquela finalidade (CPC, art. 461).

Enfim, autoriza-se o encaminhamento do seguro-desemprego - cujos efeitos práticos serão atendidos, em razão da providência de expedição de alvará-, e condenam-se as Rés ao pagamento de: salários, em relação ao período de 14/09/2007 a 11/10/2007 (o período de aviso prévio descontado os dias trabalhados depois do pedido de demissão), férias proporcionais com 1/3 (01/12, decorrente do aviso prévio indenizado), 13º salário (01/12, decorrente do aviso prévio indenizado) e FGTS com 40%.

Por extensão, e por tratar-se de obrigações que, por força de lei, resultam da celebração e execução do contrato de trabalho, condena-se a 1ª Ré a retificar na CTPS da Autora a data de saída para constar 11/10/2007 (devido a projeção do aviso prévio- OJ nº 82 da SDI I do TST), sob pena de multa diária de R\$50,00, limitada a dez (10) dias, nos termos do art.461 do CPC. Após tal prazo não cumprindo a 1ª Ré a obrigação determina-se que a Secretaria proceda à anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) da Autora, de modo a nela consignar data de saída 11/10/2007, sem fazer qualquer identificação do Juízo ou do servidor, fornecendo à Autora certidão acerca da presente decisão.

Para tanto, deverá a Autora, no prazo de cinco (05) dias do trânsito em julgado desta decisão, apresentar na Secretaria a CTPS para efetivação das referidas anotações.

Dano moral

A Autora postula indenização por danos morais em decorrência da invasão de seu email pessoal pela 1ª Ré, bem como pelo fato de ter sido coagida, pelas Rés, a assinar intimação da Delegacia de Furtos e por ter sido humilhada na presença dos colegas de trabalho, uma vez que após seu pedido de demissão teve todos os seus pertences retirados de sua mesa, não podendo assim cumprir o aviso prévio trabalhado.

A controvérsia outrora reinante acerca da existência de previsão legal capaz de consagrar a reparação do dano moral perdeu sentido com a vigência da Constituição Federal de 1988, cujo texto, em seu artigo 5º, passou a assegurar aos brasileiros e estrangeiros residentes no país "indenização por dano material, moral ou à imagem" (inc. V) e declarar que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (inc. X).

Atualmente conceituado de modo negativo, sendo então definido como todo e qualquer dano extrapatrimonial, o dano moral ainda se distingue entre objetivo e subjetivo: aquele atinge a imagem da pessoa no meio social, enquanto este se relaciona ao mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade. Independentemente dessa distinção e da própria definição do dano moral, a natureza indenizatória de sua reparação, seja ela *in natura* ou *in pecunia*, é também assegurada pelo texto constitucional e, no âmbito do Direito do Trabalho, não se confunde com as indenizações tarifadas previstas para hipóteses de ruptura do contrato de trabalho.

Para que se atribua a responsabilidade pela reparação, no entanto, é indispensável a existência de dano experimentado pela vítima, fruto de ação ou omissão não fundada em exercício regular de direito, por meio da qual o agente causa prejuízo ou viola direito daquela, por dolo ou culpa.

A propósito dos fatos objeto da controvérsia, no aspecto, a testemunha (...) registra que:

"...a autora foi chamada para uma conversa que o depoente não ouviu, apenas viu, e a autora saiu chorando; isso ocorreu no horário do almoço e a autora foi dispensada do trabalho no resto da tarde; no dia seguinte a autora veio trabalhar normalmente, mas não encontrou seu material de trabalho na mesa; a ré não deixou que trabalhasse nesse dia; acredita que a autora perdeu

demissão em razão do clima no ambiente de trabalho; 6 - no dia em que a autora saiu chorando foi-lhe entregue uma intimação para comparecimento ao Distrito Policial para prestar depoimento; a autora recebeu a intimação no dia 12 ou 13 para comparecer ao DP no dia 18; depoente conhece os fatos por comentários pela autora e porque também foi chamado para depor, acredita que a mesma conversa que tiveram com a autora, aconteceu com o depoente; 7 - os demais colegas de trabalho presenciaram a autora e o depoente serem chamados para a referida conversa;"

A testemunha da Autora, (...), afirma que:

"- sabe que a autora pediu demissão por causa da invasão do seu e.mail, que por causa disso houve acusações e pediram para a autora não ir trabalhar; 4 - depoente sabe que a autora recebeu intimação para comparecer à polícia;"

A primeira testemunha da Ré afirma que:

"..6 - o terceiro réu não comentou o teor da conversa com a autora, dizendo aos demais empregados que havia ocorrido um mal entendido; depoente sabe do que se trata porque o terceiro réu entregou uma intimação para a autora e ela se recusou a assinar, por isso o terceiro réu pediu ao depoente que assinasse como testemunha; que se tratava de um documento para a autora comparecer para prestar esclarecimentos;"

Por fim, a segunda testemunha das Rés afirma que:

"10 - depoente não sabe o que o terceiro réu conversou com a autora; não foi comentado pela ré o teor da conversa; a ré não denegriu a imagem da autora; depois de conversar com o terceiro réu a autora saiu "gritando", gesticulando, fez uma ligação no celular, mas nada comentou com a depoente;"

Os elementos existentes nos autos, conjuntamente com a declaração da rescisão indireta, permitem concluir que houve violação da intimidade e imagem da autora devido às atitudes das Rés.

A determinação do montante da indenização, no aspecto, não prescinde da consideração, além da sempre necessária razoabilidade, de elementos vinculados ao caso concreto - as condições sócio-econômicas dos envolvidos, tudo de modo a assegurar, a quem cujos bens sem cunho patrimonial sejam violados, uma soma que compense a dor ou sofrimento, não exagerada a ponto de se converter em fonte de enriquecimento nem reduzida a ponto de se tornar inexpressiva. Em síntese, a fixação do valor da indenização há de compensar a vítima ou o lesado e, paralelamente, punir o ofensor.

Enfim, acolhe-se o pedido e condenam-se as Rés ao pagamento de indenização de danos morais fixada no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sujeito à atualização monetária, a contar da data de publicação desta decisão, e juros de mora, na forma da lei (Lei 8.177/1991, art. 39, *caput* e § 1º).

[...]

ANTE O EXPOSTO, [...]

Condenam-se as Rés, (...), solidariamente, a pagar a Autora, (...), em valores que devem ser conhecidos em liquidação, com juros e atualização monetária na forma da lei e segundo critérios que venham a ser definidos naquela fase preparatória à execução, respeitados os termos e limites da fundamentação, que é parte integrante desse dispositivo, e autorizada a retenção das contribuições previdenciárias e fiscais cabíveis, o que se segue:

1. Verbas Rescisórias;
2. Dano moral;
3. Horas Extras e reflexos;
4. FGTS com 40%;

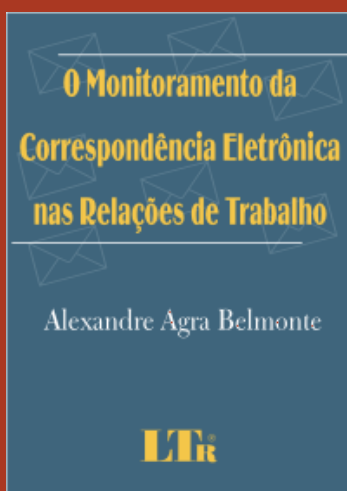
[...]

Cumpra-se, após o trânsito em julgado. Publique-se. Partes cientes. Ciência a União e a CEF. Nada mais.

**CAMILA CAMPOS DE ALMEIDA
JUÍZA SUBSTITUTA DO TRABALHO**

Sinopse

Maria Ângela de Novaes Marques



BELMONTE; Alexandre Agra. O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

O minucioso catálogo jurídico discutido na obra “O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho” parte da profunda transformação do modelo presencial clássico das relações de trabalho, no qual forjada tanto a representação de classe quanto a legislação trabalhista, aquilatando as repercussões revolucionárias e inquietantes dos sempre novos meios tecnológicos de informação e comunicação, que tornam aguda a distensão entre tempo e espaço: “A substituição do homem pela máquina, o desemprego causado pelas novas tecnologias, as greves realizadas por meio da paralisação dos servidores, a relativização dos limites espacial e temporal são apenas alguns exemplos dos efeitos da utilização da alta tecnologia nas relações de trabalho” (p.13).

Os marcos analíticos do livro são os efeitos da era da tecnologia na dinâmica das relações de trabalho e se há justificativa ou parâmetros para a fiscalização do correio eletrônico e uso da internet no cotidiano da relação de trabalho. Enfrenta, portanto, os limites no monitoramento do *e-mail* institucional do empregado. Consolidando pressupostos para ponderar rol de questões suscitadas, todas originárias da “transformação do local de trabalho em espaço de controle total” em razão da vigilância eletrônica do trabalho em rede (ou trabalho conectado), o autor avalia os princípios colidentes e contrapostos: o da inviolabilidade da correspondência e da vida privada do empregado; e o princípio da propriedade privada e do poder de direção do empregador.

A sequência de dezesseis tópicos que estruturam o livro evidenciam a racionalidade coesa da pesquisa: vida privada, intimidade, vida pessoal e segredo ou sigilo, com desdobramentos no princípio da inviolabilidade das comunicações pessoais; a proteção à intimidade e meios de controle do trabalho no âmbito do Direito Comparado; meios e limites do poder diretivo do empregador; origem do “correio eletrônico” e natureza jurídica da violação do conteúdo das mensagens; validade da cláusula permissiva da invasão do e-mail corporativo; sistematização de diversas propostas para os limites de atuação às partes do contrato de emprego; controles material e formal do e-mail corporativo; a possibilidade de adoção de comunicações eletrônicas como meios de prova judicial; violações e reparações dos danos causados pela partes, em razão de abusos na utilização da correspondência eletrônica profissional.

As conclusões não são de encerramento do tema, sim em seu oposto propõem a abertura do diálogo entre representações de “interesses contrapostos relevantes como a propriedade privada e a intimidade” e o debate em fóruns jurídicos apropriados e de caráter participativo, que apresentem ao Congresso Nacional subsídios para edição de leis, pois “cabe ao Estado assumir o papel de agente assegurador das liberdades públicas e do mercado de consumo, bem como de definir os limites na utilização da correspondência eletrônica no emprego” (p. 117).

Bibliografia

A Biblioteca do TRT da 9ª Região informa a bibliografia disponível sobre o tema:



ARTIGO DE PERIÓDICO

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho - parte I. **JTb - Jornal Trabalhista Consulex**. Brasília, v. 27, n. 1323, p. 4-6, mai. 2010

ALVES, Amauri Cesar. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 75, n. 10, ex. 1, p. 1209-1218, out. 2011

BITENCOURT, Manoela de. Intimidade e privacidade nas relações de trabalho - O uso do e-mail no ambiente de trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo, v. 48, n. 154, p. 791-798, dez. 2012

MARTINS, Melchíades Rodrigues. Utilização do e-mail corporativo para fins particulares - prática tolerada pela empresa - mau procedimento - efeitos. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo, v. 48, n. 144, p. 744, dez. 2012.

MOREIRA, Fernando Mil Homens. Observações sobre a eficácia probatória do e-mail no processo civil brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo, v. 36, n. 193, p. 203-230, mar. 2011

RAMOS, Karina Oliveira Cardoso. Colisão de princípios no exercício do poder diretivo do empregador. **Ciência Jurídica do Trabalho**. Belo Horizonte, v. 13, n. 79, p. 108-136, jan./fev. 2010

RIBEIRO, Gaysita Schaan. O monitoramento da correspondência eletrônica em face do poder empregatício e à luz dos princípios constitucionais. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [S.l.], v. 22, n. 257, p. 25-43, nov. 2010

SAKO, Emília Simeão Albino. Uso laboral e extralaboral do correio eletrônico e internet. Controle patronal indevido ou abusivo. Lesão aos direitos fundamentais de segredo das comunicações e privacidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região**. Curitiba, v. 35, n. 65, p. 695-717, jul./dez. 2010

CAPÍTULO DE LIVRO

OLIVEIRANETO, Alberto Emiliano de. E-mail do empregado - Limites ao poder diretivo do empregador sob a óptica do Novo Código Civil. In.: DALLEGRAVE NETO, José Affonso, 1965 - (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo. **O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 186-201
Localização: 331:347 D146i 2003

SILVA, Marilda Silva Farracioli. O uso do correio eletrônico na relação de emprego e sua proteção jurídica. In: Pombo, Sérgio Luiz da Rocha (coordenador). **Direito do Trabalho: reflexões atuais**. Curitiba : Juruá, 2007. p. 775-803. Localização: 331 P784d

Registro Fotográfico

Curso Aspectos Contemporâneos da Tutela Coletiva



CURSO ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA TUTELA COLETIVA



ANTONIO GIDI

(Professor de Direito Processual Civil em universidades americanas)

SÉRGIO CRUZ ARENHART

(Professor de Direito Processual Civil na UFPR)

1º MÓDULO

PANORAMA GERAL DO SISTEMA PROCESSUAL DE TUTELA COLETIVA

PROF. ANTONIO GIDI (12 de junho das 18:30 às 22:30)

2º MÓDULO

PROCEDIMENTO DE CONHECIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS

PROF. SÉRGIO ARENHART (13 de junho das 8:30 às 12:30)

3º MÓDULO

EFICÁCIA DAS DECISÕES E CUMPRIMENTO DOS PROVIMENTOS

JUDICIAIS DE AMPLITUDE COLETIVA

PROF. SÉRGIO ARENHART (13 de junho das 14:00 às 18:00)

4º MÓDULO

AS CLASS ACTIONS DO DIREITO NORTE-AMERICANO COMO

MODELO PARA O APRIMORAMENTO DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

PROF. ANTONIO GIDI (14 de junho das 8:30 às 12:30)

5º MÓDULO

UM NOVO MODELO PROCESSUAL COLETIVO PARA O DIREITO BRASILEIRO

PROF. ANTONIO GIDI (14 de junho das 14:00 às 18:00)

Dias 12, 13 e 14 de junho de 2013

20 horas-aula presenciais

5 módulos de 4h

Fotos: Patrícia Dvorak













Encontro

Temas Contemporâneos de Direito à Luz da Prática Jurídica



ENCONTRO TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO À LUZ DA PRÁTICA JURÍDICA

DATA: 21 de junho de 2013 (sexta-feira)
LOCAL: Auditório do Prédio Anexo das Varas do Trabalho de Curitiba
Av. Vicente Machado n. 400 – Centro – Curitiba – PR

APOIO: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
ESCOLA JUDICIAL
CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA – UNICURITIBA

14:00 horas - Primeiro Seminário – Abertura
Palestrantes: Presidente do TRT da 9ª Região Desembargadora Dra.
Rosemarie Diedrichs Pimpão e Coordenadora do Mestrado em
Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba –
UNICURITIBA Professora Dra. Viviane Coêlho de Sêllos Knoerr
Tema: A Conciliação no Âmbito do TRT da Nona Região

14:20 horas - Segundo Seminário
Palestrante: Mestre Angélica Juste Camargo
Tema: Lançamento do Livro “O Papel do Estado na Proteção da
Criança e do Adolescente: o Trabalho Artístico” Editora Clássica

14:40 horas - Terceiro Seminário
Palestrante: Desembargadora do TRT da 9ª Região e Professora
Dra. Marlene Terezinha Suguimatsu
Tema: Trabalho Decente em Face das Normas Internacionais do
Trabalho

15:00 horas – Quarto Seminário
Palestrante: Desembargadora do TRT da 9ª Região Dra. Ana
Carolina Zaina
Tema: A Comissão de Proteção Socioambiental do TRT - resultados

15:20 horas - Quinto Seminário
Palestrante: Desembargador do TRT da 9ª Região Ricardo Tadeu
Marques da Fonseca
Tema: Ações Afirmativas

15:40 horas - Sexto Seminário
Palestrante: Mestre Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio
Tema: Ações Afirmativas: Lançamento do Livro “Promoção da
Cidadania Empresarial” Editora Juruá

16:00 horas – 16:20 horas – Intervalo

16:40 horas - Sétimo Seminário
Palestrante: Professor Luiz Eduardo Gunther
Tema: A Uniformização de Jurisprudência pelo TRT da
Nona Região

17:00 horas - Oitavo Seminário
Palestrante: Mestre Juliana Cristina Busnardo
Tema: Lançamento do Livro “Tutela dos Direitos da
Personalidade da Pessoa Jurídica na Atividade Empresarial”
Editora Juruá

17:20 horas - Nono Seminário
Palestrante: Professor Dr. José Affonso Dallegrave Neto
Tema: Teletrabalho e seus Efeitos Jurídicos

17:40 horas - Décimo Seminário
Palestrante: Mestre Vanessa Roberta do Rocio Souza
Tema: Lançamento do Livro “Flexibilização dos Direitos
Trabalhistas & o Princípio da Proibição do Retrocesso Social”
Editora Juruá

18:00 horas - Décimo Primeiro Seminário
Palestrante: Mestre Maria Cecília Weigert Lomelino de
Freitas Ahrens
Tema: Lançamento do Livro “Conflitos Coletivos de Trabalho - A
Arbitragem como Método Alternativo de Resolução de Lides”
Editora Juruá



Fotos: Patrícia Dvorak





















Envie sua contribuição (sentenças, acórdãos ou artigos) para
o e-mail escolajudicial@trt9.jus.br