

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.