



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-
SP (COGEAE)

Isabela Camas Martins

O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO E PESSOAL DO
EMPREGADO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR *versus* O DIREITO À
INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO

SÃO PAULO
2015

Rua da Consolação, 881
Consolação - São Paulo/SP, CEP: 01301-000
Telefone: (11) 3124-9600

Isabela Camas Martins

O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO E PESSOAL DO
EMPREGADO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR *versus* O DIREITO À
INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO

Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado ao Curso de Pós Graduação
da COGEAE, como parte dos requisitos
para obtenção do título de Especialista
em Direito do Trabalho,
sob orientação da Professora-Orientadora
Cristina Paranhos Olmos.

São Paulo - SP
Setembro de 2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-
SP (COGEAE)

ISABELA CAMAS MARTINS

**O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO E PESSOAL DO
EMPREGADO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR *versus* O DIREITO À
INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO**

Professora Orientadora: Cristina Paranhos Olmos

COMISSÃO EXAMINADORA:

SÃO PAULO
Setembro de 2015

RESUMO

Este trabalho aborda os impactos que a revolução tecnológica, mais precisamente a *internet*, trouxe para as relações de emprego. Neste contexto, analisam-se as garantias constitucionais da privacidade, da intimidade e da inviolabilidade de correspondência em contraposição ao poder diretivo e de propriedade do empregador.

Aborda-se, também, os meios e instrumentos utilizados na fiscalização do e-mail corporativo e pessoal do empregado, quando utilizado no ambiente de trabalho, suas formas e limites. Por fim, se apresenta medidas preventivas e pacificadoras deste conflito que harmonizem os direitos aqui sopesados.

ABSTRACT

This study approaches the technology revolution`s impacts, precisely the Internet, brought to the employment relationships. In this context, it is analyzed the constitutional guarantees of privacy, intimacy and mailing inviolability in contrast with the employer`s power of directory and property.

It is also approached the ways and tools used to monitor employee`s corporate and personal e-mail, when used on the working environment, its ways and boundaries. Lastly, its presented preventive and peacekeeping measures of this conflict which harmonize the rights here balanced.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DIREITO DO TRABALHO.....	9
2.1. Princípios Norteadores do Direito do Trabalho.....	9
2.2. Panorama Sobre as Novas Modalidades de Trabalho.....	11
3. RELAÇÕES DE EMPREGO.....	12
3.1. Breve Noção Sobre A Evolução Histórica.....	12
3.2. Características da Relação de Emprego.....	15
3.2.1. Do Empregador.....	15
3.2.2. Do Empregado.....	17
3.2.2.1. Pessoa Física.....	18
3.2.2.2. Pessoaalidade.....	18
3.2.2.3. Habitualidade.....	19
3.2.2.4. Remuneração.....	19
3.2.2.5. Subordinação.....	20
3.3. Dos Poderes do Empregador.....	21
3.3.1. Poder de Organização.....	24
3.3.2. Poder Disciplinar.....	25
3.3.3. Poder de Controle.....	28
4. Poder Diretivo e Subordinação – Conflito de Direitos.....	31
4.1. Direito à Intimidade do Empregado.....	32
4.2. Direito à Propriedade Privada do Empregador.....	33
4.3. Sopesamento dos Direitos Fundamentais.....	34

4.4. Deveres do Empregador.....	35
4.5. Deveres do Empregado.....	36
4.6. Previsão Contratual ou Regulamentar.....	37
5. MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO E PESSOAL.....	42
5.1. Monitoramento Irrestrito do E-mail Corporativo.....	43
5.2. Impossibilidade Absoluta de Monitoramento.....	44
5.3. O Monitoramento com Limitações.....	45
5.3.1. Monitoramento do E-mail Pessoal do Empregado.....	52
5.3.2. Formas de Monitoramento Eletrônico.....	54
5.4. Não Observância das Políticas de Uso e Monitoramento de E-mail.....	54
6. CONCLUSÃO.....	56
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

O avanço exponencial na área da tecnologia e dos meios de comunicação na sociedade pós-industrial trouxe com ele novas formas de comunicação, transmissão de dados e informação, que, conseqüentemente, modificaram também as relações interpessoais, e conseqüentemente, a relação de trabalho.

A eliminação das barreiras geográficas e o encurtamento de distâncias desenvolveram novas condutas culturais, sociais e comerciais, que até alguns anos atrás não eram sequer cogitadas.

Essa revolução tecnológica foi consagrada, fundamentalmente, com a disseminação da *Internet*: rede mundial de computadores que possibilita que vários usuários e redes do mundo inteiro se comuniquem por meio de um protocolo comum.

Nesse contexto, as sociedades empresariais também acompanharam essa evolução e inseriram novas ferramentas tecnológicas de acesso à informação no ambiente de trabalho.

Atualmente, as empresas vêm utilizando dispositivos que permitem um trabalho mais eficiente e dinâmico, reduzindo tempo e custo, tais como as aplicações em rede, a utilização do armazenamento de dados e provedores na *nuvem* e os sistemas de correspondência eletrônica, tanto na ordem interna (*intranet*), como externa (*extranet*).

Com efeito, o acesso à Internet e o uso do e-mail pelos empregados atualmente é uma prática comum, quase que necessária, no ambiente de trabalho.

O avanço tecnológico é tanto que há quem diga que o e-mail se tornou uma ferramenta telemática ultrapassada na atualidade, diante do surgimento exponencial de novos aplicativos e meios de comunicação.

Um exemplo muito recente que também pode-se equiparar ao e-mail e ao seu dinamismo seria o uso do aplicativo denominado "*Whatsapp*", presente em quase todos os *smartphones* de hoje em dia.

Este aplicativo, cuja função é a troca de mensagens de forma instantânea, vem se tornando cada vez mais presente no cotidiano do ambiente de trabalho, haja vista a rapidez na troca de mensagens e o seu dinamismo, proporcionando uma comunicação mais ágil e eficiente.

Na contramão dessas facilidades, o empregador, então, passou a se preocupar em controlar o bom uso dessas ferramentas de acesso. Segundo notícia divulgada pela IDGNow, da Uol¹, o monitoramento da Internet pelo empregador tende a crescer. Ainda segundo a notícia, a intenção é garantir a segurança da rede de computadores da empresa.

A questão, no entanto, não se limita à simples comunicação aos empregados do controle de sua correspondência eletrônica. De fato, ainda que a empresa obtenha a prévia concordância, por escrito, do empregado, através de um documento específico ou mesmo de uma política interna da empresa, questiona-se sobre a validade desse procedimento, diante do confronto entre o direito de propriedade do empregador e seu poder diretivo e os direitos à intimidade, privacidade e inviolabilidade da correspondência do empregado.

Como se verifica, o problema é bastante complexo, envolvendo, não somente aspectos jurídicos, mas também éticos. O que seria conduta lícita e o que configuraria o abuso por parte do empregador é matéria que depende do confronto entre dois direitos protegidos constitucionalmente, quais sejam, o direito à intimidade do empregado e o direito à propriedade do empregador, que será abordado neste trabalho.

¹ IDGNOW, Uol. Fique esperto: monitoramento do uso da web nas empresas irá crescer. Disponível na Internet via <http://idgnow.uol.com.br/internet/2012/05/29/fique-esperto-monitoramento-do-uso-da-web-nas-empresas-ira-crescer/>. Notícia divulgada em 30/05/2012, acesso em 20/05/2015.

2. DIREITO DO TRABALHO

2.1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DO TRABALHO

No âmbito do Direito do Trabalho, o princípio da proteção ao trabalhador é, talvez, o princípio basilar mais importante. Ainda que não expressamente previsto na atual Carta Magna, encontra-se na essência da tutela constitucional, diante da previsão no artigo 1º, IV, da Constituição Federal, o qual estabelece a máxima proteção aos valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal elegeu como princípios informadores do Direito do Trabalho, os princípios da **(i)** não discriminação (proíbe diferenças nos critérios de admissão e remuneração por razão de raça, cor, sexo ou estado civil – art. 7º, XXX – ou ainda por motivo de deficiência física); **(ii)** continuidade da relação de emprego, cuja concretização, como preconiza o ilustre doutrinador Sérgio Pinto Martins², é a Súmula 212 do TST, segundo o qual “*o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado*”; e **(iii)** irredutibilidade do salário (art. 7º, VI).

Como desdobramento do princípio da proteção ao trabalhador, surgem também outros princípios como **(i)** o do *in dubio pro operario*, segundo o qual a interpretação mais favorável ao empregado deve prevalecer, salvo caso de manifesta afronta à legislação ou matéria probatória; **(ii)** o da norma mais favorável, que hierarquiza as normas jurídicas relativas ao Direito do Trabalho em favor do empregado; **(iii)** da condição mais benéfica; **(iv)** da primazia da realidade, segundo o qual prevalece a realidade sobre a formalidade; **(v)** da integralidade e da intangibilidade do salário, diante de sua natureza alimentar.

Com efeito, privilegiam-se os fatos, ou seja, o intuito do legislador ao eleger tais princípios do Direito do Trabalho não foi isolá-los ao plano do hipotético, sem qualquer efetividade, mas sim o de permitir que prevaleça a realidade sobre os documentos, de modo a evitar fraudes.

² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99

Segundo Sergio Pinto Martins³, “*daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes*”, sendo nulos de pleno direito todos os atos que desvirtuem a aplicação dos princípios trabalhistas (art. 9º, da CLT).

Ainda, cumpre destacar o princípio do coletivo, segundo o qual o empregador e o empregado não atuam de forma individual autônoma, mas sim são membros de grupos profissionais. Em decorrência disto advém as normas que disciplinam a gestão dos trabalhadores nas empresas, a isonomia entre os empregados, dentre outros.

Por fim, sobretudo em razão do tema proposto neste trabalho, há de se mencionar o princípio da razoabilidade, também denominado como princípio da proibição do excesso, da racionalidade ou da proporcionalidade.

A razoabilidade é definida como o justo, o regulado, conforme a razão, o racional⁴, sendo que tal princípio não é utilizado exclusivamente no Direito do Trabalho, mas também é invocado em outras vertentes do Direito, tais como o Direito Penal, Tributário, Administrativo, Constitucional, dentre outros.

Nesse contexto, a aplicação do princípio da razoabilidade no Direito do Trabalho se deu através da inspiração de Plá Rodriguez pela jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, no que tange às normas limitadoras dos princípios fundamentais constitucionais⁵.

Segundo Plá Rodriguez, há duas formas de aplicação do princípio da razoabilidade no Direito do Trabalho: **(i)** para “*medir a verossimilhança determinada explicação ou solução*”, a fim de distinguir a realidade da simulação; e **(ii)** a limitação de certas faculdades, atuando “*como obstáculo, como limite, freio de certas faculdades cuja amplitude pode prestar-se à arbitrariedade*”, com a finalidade de evitar desvios no evidente desequilíbrio entre as partes na relação trabalhista, em

³ Ibidem, p.99.

⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução Wagner D. Giglio. 5ª tiragem. São Paulo: LTr, 1997, p. 251.

⁵ Ibidem, p.252.

especial, em decorrência da subordinação e do poder diretivo⁶. É nesta segunda forma que o princípio da razoabilidade irá operar no presente trabalho.

Em conclusão, verifica-se que o princípio da razoabilidade é um elemento chave no estudo do conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade/privacidade do empregado, especialmente para criar mecanismos que evitem lesões a garantias constitucionais.

2.2. PANORAMA SOBRE AS NOVAS MODALIDADES DE TRABALHO

A problemática em questão tem início com a Terceira Revolução Industrial, na qual, de um lado temos a violação ao direito à privacidade, à intimidade e ao sigilo de correspondência e, de outro, o uso indiscriminado dos meios telemáticos de comunicação.

Com o advento da revolução nas tecnologias de informática e de comunicação no ambiente empresarial, as relações de trabalho também sofreram impacto, diante da alteração do modelo tradicional de relação de emprego. As novas modalidades de relação de emprego fogem do modelo tradicional, sem, no entanto, deixarem de serem caracterizadas como tal. É o que ocorre com a figura do teletrabalho, previsto no art. 6º e 83, da CLT, que prevê formas de execução do trabalho a domicílio ou em telecentros.

Nesse contexto, diante de como a revolução tecnológica afeta a realidade empresarial, determinados fatores são imprescindíveis para que a relação de emprego extraia o melhor que se pode obter das novas tecnologias. A flexibilidade quanto ao local de trabalho, bem como quanto aos horários são apenas alguns destes fatores, beneficiados pelo uso da tecnologia, mais precisamente, das mensagens eletrônicas (“*e-mail*”).

Diante disso, conclui-se que a revolução tecnológica trouxe um novo modelo de relação de trabalho, cujo traço principal é a flexibilização do elemento subordinação, sem, contudo, derogá-lo. Esta autonomia, ainda que relativa, faz com que surja uma expectativa de que o empregado deva não apenas cumprir ordens,

⁶ Ibidem, p. 252.

mas também que tenha certa iniciativa de sua parte, já que é o usuário direto das tecnologias e, nos casos de teletrabalho, não está constantemente sob supervisão de seu empregador.

3. RELAÇÕES DE EMPREGO

3.1. BREVE NOÇÃO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A primeira forma de trabalho registada na história foi a escravidão, fundamentada na filosofia aristotélica. A escravidão movia a economia antiga e, na concepção da época, era tida como justa, diante do argumento de justiça distributiva, ou seja, deveriam tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Sob este fundamento, a inferioridade natural do escravo perante seu dono permitia a prática da escravidão sem qualquer impedimento, inclusive com amparo do senso de justiça da época. Somente com o advento do Cristianismo introduziu-se a noção de igualdade entre os homens, ainda que tal entendimento estivesse vinculado à religião e não tivesse aplicabilidade prática nenhuma.

Os escravos eram a principal mão de obra e eram considerados propriedades de seus mestres, uma “coisa” e não um ser humano, sem qualquer tipo de direito. Os escravos eram encarregados de todo o trabalho pesado, já que tal atividade era tida como desonrosa e indigna diante das altas castas sociais.

Mais a frente, na época do feudalismo, os senhores feudais forneciam terras, ferramentas e outros insumos aos seus servos para que estes trabalhassem. Os feudos eram isolados, o que, conseqüentemente, acarretou na ruralização da economia, construindo-se um novo tipo de sociedade, na qual as relações de trabalho se transformaram nas relações de suseranato e vassalagem.

No feudalismo, os servos tinham que trabalhar cerca de três dias por semana, no mínimo, e entregar parte de suas colheitas aos seus suseranos. A relação estabelecida estava tão vinculada à terra em si que, havendo transferência destas, os servos também eram transferidos.

A relação mantida entre eles tinha tamanha subordinação que os servos deviam pedir permissão para se locomover de uma terra a outra, para casar seus

filhos, para aprender um ofício que não servisse diretamente às atribuições do feudo, dentre outras inúmeras restrições.

Diante de tantas restrições e deveres, os direitos dos servos eram quase que inexistentes, à exceção do direito de herança dos animais e dos objetos pessoais.

Após o modelo do feudalismo, surgiram as corporações de ofício, nas quais existiam categorias subordinadas umas às outras, nas quais haviam mestres, companheiros e aprendizes. Aos mestres pertenciam os lucros dos produtos fabricados, até porque eram eles que exerciam a disciplina profissional e pessoal sobre os trabalhadores. Os companheiros eram os trabalhadores que recebiam salários dos mestres. Por fim, os aprendizes recebiam tão somente os ensinamentos dos mestres. Os pais dos aprendizes pagavam altas taxas para assegurar a prestação desta atividade “pedagógica”, inclusive com o direito de o mestre impor castigos corporais aos aprendizes.

Uma vez aprendido o ofício, o aprendiz era efetivado à qualidade de companheiro, o qual, por sua vez só poderia virar mestre se aprovado no exame de *obra mestre*, mediante o pagamento de altas taxas. Os trabalhos nesta forma eram extremamente excessivos, já que possuíam a duração da luz (iniciava-se com o nascer do sol e terminava-se com o pôr do sol). Com a invenção do lampião a gás, as jornadas que já eram excessivas, pioraram significativamente, passando a ser de 18 horas por dia, em média.

Por outro lado, importante destacar que houveram avanços, ainda que pequenos: o recebimento de salário e a possibilidade de ascensão profissional.

Com o passar do tempo, ocorreram diversas evoluções econômicas, da agricultura feudal ao capitalismo. No entanto, para os trabalhadores, não obstante algumas melhorias nas condições de trabalho, a história permaneceu árdua, com a exploração nas excessivas jornadas de trabalho.

A Revolução Industrial trouxe o surgimento da relação de emprego, sendo que as relações trabalhistas eram formadas entre a burguesia e a classe proletária que passou a empregar-se nas indústrias. Ainda neste cenário permaneceram as longas jornadas de 14 a 16 horas, em condições precárias.

Diante disto, percebeu-se a necessidade de intervenção estatal nas relações de trabalho, estabelecendo normas de redução de jornada, descanso, dentre outras normas de segurança e higiene do trabalho. Com efeito, o Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e com o trabalho assalariado.

No Brasil, a abolição da escravidão se deu tardiamente com a Lei Áurea, em 1888. Após a proclamação da República, iniciou-se o período liberal do trabalho, sendo que no início do século XX o Brasil já possuía intensa urbanização, exigindo-se, portanto, que o Direito acompanhasse tal desenvolvimento econômico.

Foi no ano de 1930 que ocorreu a primeira grande expansão do Direito do Trabalho no Brasil, fruto de inúmeras conquistas nacionais e internacionais. Neste diapasão, o Estado toma a frente dos direitos trabalhistas e cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, além de instituir a Carteira Profissional, disciplinar a jornada de trabalho nos bancos, no comércio, etc, bem como regular o trabalho da mulher.

Foi neste momento que os sindicatos viraram referência não apenas para a defesa dos interesses das profissões, mas também como entidades de coordenação dos direitos e deveres dos trabalhadores e empregadores.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar do Direito do Trabalho, amparando a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de 8 horas diárias, a liberdade sindical, o trabalho de mulheres e menores, o repouso semanal, as férias anuais remuneradas, dentre outros.

No âmbito judicial, a Justiça do Trabalho foi criada somente em 1939 e instalada em 1941, porém não como parte integrante do Poder Judiciário, mas sim do Poder Executivo. Somente em 1946, a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Judiciário.

Diante do crescimento exacerbado das leis trabalhistas, ainda que de forma esparsa, em 1943 o Estado decidiu consolidar todas as normas trabalhistas em um só texto, surgindo, então a Consolidação das Leis do Trabalho ("CLT").

A atual Constituição Federal não somente ampliou os direitos trabalhistas individuais, mas também abarcou o direito coletivo, através da livre criação de

sindicatos (art. 8º, I), da negociação coletiva como meio de solução de conflitos (art. 7º, XXVI).

No cenário contemporâneo em que vivemos, o comércio de produtos eletrônicos e de informática foram dominando o mercado, tanto no âmbito residencial quanto no empresarial.

As empresas foram inserindo em seu cotidiano os computadores ligados às redes de intercomunicação mundial, bem como outros meios de comunicação, tais como os smartphones. É neste contexto que se insere a problemática abordada neste trabalho, na medida em que a evolução histórica trabalhista, desde a época da escravidão (sem qualquer amparo aos direitos humanos ou trabalhistas), até a presente época, cercada de aparatos tecnológicos, nos trouxe a um conflito entre os direitos adquiridos ao longo dos séculos e a tecnologia.

3.2. CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

No contexto do presente estudo, faz-se necessário abordar os perfis dos sujeitos da relação de emprego, maiores interessados nos desdobramentos de seus direitos e obrigações. A seguir, trataremos dos traços fundamentais da figura do empregado e do empregador.

3.2.1. DO EMPREGADOR

A CLT, em seu art. 2º, *caput*, define empregador como “*a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço*”.

O professor Amauri Mascaro Nascimento, no entanto, entende que a definição dada pela CLT não possui muita utilidade, já que, a seu ver, o conceito de empregador é reflexo. Assim, para ele, será empregador “*todo ente para quem uma pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados*”⁷.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Saraiva. 23ª edição, 2008, p. 673.

O parágrafo primeiro do art. 2º da CLT apresenta o chamado “empregador por equiparação”, ao dispor:

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

Gustavo Felipe Barbosa Garcia destaca que o rol previsto no referido dispositivo é meramente exemplificativo. Isto porque, o condomínio também pode ser empregador, por exemplo, ainda que não exerça atividade econômica ou lucrativa propriamente, não sendo, portanto, empresa no sentido técnico do termo.⁸

Na opinião de Homero Batista Mateus da Silva, a definição de empregador é ainda mais complexa, já que, para ser empregador, nem ao menos é necessário ser uma pessoa, afinal os entes despersonalizados também podem contratar empregados, assim como a família, a sociedade de fato, e a sociedade irregular.⁹

Prosseguindo na análise do art. 2º da CLT, nota-se que seu parágrafo 2º amplia o rol daqueles que podem figurar como empregador ao definir grupo econômico:

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

⁸ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Método. 3ª edição, 2009. P 287.

⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Parte Geral*. Editora Elsevier. 2009. P 133.

Ao fazer tal definição, o texto legal assegura a proteção dos direitos do trabalhador, já que não somente a empresa¹⁰, para a qual o empregado trabalha diretamente, mas também as outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, responderão pelos créditos trabalhistas de forma solidária.

Tal segurança conferida ao empregado também pode ser notada no art. 9º da CLT, que dispõe que “*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*”. Nota-se, aqui, a manifestação do princípio da primazia da realidade para a configuração de grupo econômico, ou seja, ainda que a aparência dada por certas empresas tente mascarar a existência do grupo, ainda assim, ele será reconhecido se houver unidade, direção única ou realização de objetivos comuns.

O professor Sérgio Pinto Martins lembra que não há necessidade de hierarquia entre as empresas para que esteja caracterizada a previsão do §2º, art. 2º da CLT. Assim, não é necessário que entre as empresas haja controle acionário, nem que exista a “empresa-mãe”. O importante é que existam obrigações entre as empresas, determinadas por lei.¹¹

3.2.2. DO EMPREGADO

O conceito de empregado está contido na CLT, em seu artigo 3º, nos seguintes termos:

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

Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (CLT, art. 3º, grifos nossos).

¹⁰ O conceito de “empresa” adotado neste trabalho é o do art. 966 do Código Civil (“CC”), segundo o qual empresa é a atividade econômica exercida profissionalmente pelo empresário, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. Editora Atlas. 23ª edição, 2007. P 183.

À luz do referido artigo, podemos extrair os elementos fundamentais deste sujeito da relação de emprego, quais sejam: (i) pessoa física; (ii) personalidade; (iii) habitualidade; (iv) remuneração; e (v) subordinação.

3.2.2.1. PESSOA FÍSICA

Primeiramente, para que um indivíduo seja considerado empregado, exige-se que seja uma pessoa física. Em outras palavras, uma pessoa jurídica não é apta a integrar a relação de emprego na qualidade de empregado.

Tal requisito para a caracterização da figura do empregado demonstra a proteção do legislador em face da energia pessoal despendida pelo trabalhador com a prestação de serviço. Ademais, considera-se, ainda, a condição de hipossuficiência do empregado no mercado de trabalho, por não deter os meios de produção, ao contrário de uma pessoa jurídica.

Nos termos da Carta Magna de 1988, em seus artigos 1º, inciso III; 3º, inciso IV; e 5º, inciso X, não deve haver do mercado de trabalho discriminações baseadas em sexo, cor, estado civil, idade, religião, dentre outros, exceto quando a própria função a ser desempenhada, por sua natureza, o exija, demonstrando razoável critérios de *discrimen*, em conformidade com o princípio da isonomia.

3.2.2.2. PESSOALIDADE

É indispensável que a pessoa contratada desempenhe pessoalmente as suas funções, tendo em vista que o empregado fará jus aos proventos advindos de seu esforço despendido: este é o dito *intuitu personae*. “O empregador conta com certa pessoa para lhe prestar serviços. Se o empregado faz-se substituir constantemente por outra pessoa, como por um parente, inexistente elemento pessoalidade na referida relação”.¹²

O contrato de trabalho prevê uma obrigação de fazer, de prestar serviço. Tal obrigação é infungível, personalíssima e intransmissível, somente sendo possível satisfazer-se por quem a contraiu, de modo que a morte do empregado dissolve a relação.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 22ª edição, Editora Atlas: São Paulo, 2006, p. 135.

3.2.2.3. HABITUALIDADE

Para que haja a caracterização da relação de emprego, é necessário que se verifique a continuidade da prestação de serviços, de modo que não se pode considerar como relação de emprego aquela esporádica, eventual. Orlando Gomes e Elson Gottschalk nos alertam para a relevância desta característica: “*Ainda que, pela conjunção de outros requisitos, a relação pudesse ser qualificada como relação contratual de trabalho, a transitoriedade do serviço impediria a sua constituição, no sentido estrito em que se toma a expressão ‘contrato de trabalho’.*”¹³

A existência ou não da habitualidade na relação de emprego é de difícil constatação, já que são habituais os trabalhos intermitentes que, habitual ou esporadicamente, fazem-se necessários ao empregador - já que tratam de uma relação de trato sucessivo. Em outras palavras:

*o adventício não é a perfeita antítese do trabalhador efetivo. (...) trata-se, ao contrário, de duas formas diversas de continuidade, uma de caráter permanente e outra de caráter provisório (...) a continuidade não deve ser entendida como a prestação efetiva de serviço duradouro. Para que se verifique, basta que as partes tenham a intenção de se ligar por tempo considerável, ou, como diz Bortolotto, que tenham a vontade de vincular-se, uma a outra de modo durável. Assim, não é necessário que o vínculo dure permanentemente, nem há limite de tempo para esse fim.*¹⁴

3.2.2.4. REMUNERAÇÃO

A prestação de serviços por parte do empregado gera a obrigação de contraprestação em pecúnia por parte do empregador. A natureza do contrato de trabalho impõe a onerosidade; não há que se falar em trabalho gratuito, tendo em vista a própria natureza alimentícia da relação.

Assim, o empregador recebe a prestação de serviços por parte do empregado. Em contrapartida, deve pagar um valor pelos serviços que recebeu daquela pessoa. Se a prestação de serviços for gratuita, como a do

¹³ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*, 17ª edição, Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 82

¹⁴ *Ibid.*, p. 83.

filho que lava o veículo do pai, não haverá a condição de empregado do primeiro. O padre não é empregado da Igreja, pois apesar de estar subordinado a uma hierarquia, não recebe nenhum valor da Igreja pelo trabalho que faz. Se o eclesiástico passa a lecionar ou trabalhar em escola ou hospital, não em decorrência de ofício da Igreja, mas recebendo remuneração e subordinação a horário, haverá vínculo de empregado.¹⁵

3.2.2.5. SUBORDINAÇÃO

A subordinação é a característica da relação de que melhor define o contrato de emprego, haja vista que trata-se de elemento específico da relação de emprego.

Subordinação significa submissão, sujeição. No entanto, jamais deve se confundir com posse de outro indivíduo, o que caracterizaria escravidão, ou, ao menos, servidão.

Estamos diante de uma característica que coloca o empregado na posição de subordinado às ordens de outrem, sem que haja a autonomia existente na simples coordenação. Assim, em um primeiro momento, poderia se concluir que o empregado, subordinado, estaria submetido às regras impostas pelo empregador de forma absoluta, sem possibilidade de qualquer questionamento, havendo uma verdadeira subordinação subjetiva, um estado de sujeição.

No entanto, a subordinação, no Direito do Trabalho, deve ser entendida sob o prisma objetivo, isto é, atuando no modo da realização da prestação dos serviços e não sobre a pessoa do trabalhador¹⁶.

Devido ao caráter objetivo da subordinação do empregado em face do empregador, devem ser respeitados os direitos fundamentais do trabalhador na condução das regras do trabalho e na aplicação do poder diretivo do empregador.

Sobre o tema, o ilustre doutrinador, Sérgio Pinto Martins, assim dispõe:

Supondo-se que o contrato de trabalho fosse uma moeda. O empregado vê um lado da moeda como subordinação, enquanto o empregador enxerga o outro lado da moeda como poder de direção. A subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto o poder de

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 22ª edição, Editora Atlas: São Paulo, 2006, p. 135.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4a Ed. São Paulo. LTr, 2005.

direção é a mesma acepção vista pela óptica do empregador. Isto quer dizer que o trabalhador empregado é dirigido por outrem: o empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador. A subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando ordens.¹⁷

Após essa breve definição de empregado e empregador, retomemos às características da relação de emprego. Assim, para a configuração da relação de emprego, deve haver¹⁸:

- (i) *personalidade*, isto é, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços pessoalmente em favor de outrem;
- (ii) natureza *não-eventual* do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador;
- (iii) a *remuneração* do trabalho a ser executado pelo empregado;
- (iv) *subordinação* jurídica da prestação de serviços ao empregador.

3.3. DOS PODERES DO EMPREGADOR

A gestão do empreendimento é um poder-dever do empregador, principalmente no que tange à gestão das atividades dos empregados. Tal poder é denominado de poder diretivo do empregador e vem consubstanciado nos artigos 2º e 3º, da CLT. O poder diretivo pode ser justificado a partir de diferentes teorias, conforme explica Sérgio Pinto Martins¹⁹.

Alguns autores entendem que o empregador exerce o poder diretivo por ser proprietário da empresa e dos meios de produção. Esta também é a justificativa

¹⁷ *Ibid.*, p. 132.

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª edição, 2009, p. 221.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.226.

utilizada para justificar o monitoramento de mensagens eletrônicas destinadas aos empregados pelo empregador, conforme se verá adiante.

Outros argumentam que o reverso da subordinação do empregado é o poder diretivo do empregador. Ainda, alguns entendem a empresa como instituição, algo que perdura, de modo que o empregado se insere neste contexto e deve seguir as regras já impostas nesta instituição.

O poder diretivo é a possibilidade dada ao empregador de limitar certas ações de seus empregados, no intuito de dar um bom desenvolvimento das atividades laborais e econômicas.

O ilustre Mauricio Godinho Delgado entende que a correta denominação seria “poder empregatício”, já que traz uma conotação menos autoritária. Para ele, o poder empregatício “*é o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços*”²⁰.

O artigo 2º da CLT, ao conceituar a figura do empregador, dispõe que este assume os riscos da atividade econômica, controlando a admissão dos empregados, responsabilizando-se pelo pagamento dos salários, além de dirigir a prestação pessoal de serviços.

A relação de vínculo empregatício conduz ao elo contratual de direitos e obrigações recíprocos entre o empregado e o empregador. Ao empregado está assegurado o direito ao recebimento de contraprestação remuneratória pelos serviços prestados, assim como, a manutenção das condições firmadas em face da inalterabilidade das condições contratuais. Ao empregador, por outro lado, cabem os direitos inerentes à parte contratante que remunera pela prestação do serviço. Cabendo definir sua estratégia comercial ou industrial, de acordo com sua organização produtiva. Ao empregador cabe dirigir o empreendimento, determinando o modo de realização das tarefas e o método de desenvolvimento da produção, de acordo com os objetivos empresariais. Ao empregador caberá ainda, aplicar

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4a Ed. São Paulo: LTr., 2005, p.629

*as penalidades cabíveis aos seus empregados, baseando-se no princípio da razoabilidade, objetivando o alcance da melhor produção empresarial.*²¹

Com efeito, verifica-se que a lei atribui ao empregador o poder diretivo para que, assumindo os riscos da atividade econômica, tenha em contrapartida a possibilidade de organizar, controlar e disciplinar seus empregados.

Importante ressaltar que não se trata de um direito absoluto, ao qual o empregado não poderia se opor, uma vez que o poder diretivo do empregador não é ilimitado, já que a própria lei determina as suas restrições. O poder diretivo possui diversos aspectos, tendo em vista que a condução das atividades da empresa é de extrema complexidade. Sendo assim, o empregador, possui três tipos de poder: (i) de organização; (ii) de controle; e (iii) disciplinar.

De acordo com os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento:

*na relação de emprego a subordinação e um lado, o poder diretivo e o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa mas sobre o modo como a sua atividade é exercida. Poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida.*²²

*O poder de direção do empregador é um efeito do contrato de trabalho decorrente da própria relação específica de emprego, consistente na prerrogativa conferida àquele de direcionar e determinar efetivamente o modo de prestação dos serviços pelo empregado. O poder diretivo manifesta-se, no âmbito do contrato de trabalho, na autoridade do empregador para regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades aos empregados*²³.

²¹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de Direito do Trabalho*. 1ª edição. Editora Forense: 2009, p. 199.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem. Editora Saraiva, 2007, p. 692.

²³ PANZAN, Edivânia Bianchon. *Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – coleção compacta – volume 6*. Coordenador José Cretella Neto. 1ª edição. Editora Forense: 2006, p. 64.

3.3.1. PODER DE ORGANIZAÇÃO

Segundo o poder de organização, o empregador não somente define o campo de atuação do empreendimento, mas também planeja o organograma da empresa com a distribuição das tarefas, dispõe sobre a logística e regulamentos. Neste sentido, o empregador pode estabelecer as regras de prestação e as regras de conduta por parte do empregado, determinando a função a ser exercida, o setor em que o empregado trabalhará, bem como os seus horários e a necessidade de utilização de uniforme. Para Amauri Mascaro Nascimento:

o poder de organização da atividade do empregado, combinando-a em função dos demais fatores da produção, tendo em vista os fins objetivados pela empresa, pertence ao empregador, uma vez que é da própria natureza da empresa a coordenação desses fatores. Empresa é a organização complexa que combina os fatores da produção, de modo que ao empregador cabe dar a unidade no empreendimento, moldando-o para que cumpra as diretrizes a que se propõe.²⁴

É a faculdade conferida ao empregador de estabelecer diretrizes e regras gerais de coordenação no âmbito de seu estabelecimento, ditando normas internas e orientações quanto à forma da prestação dos serviços, por meio de escritos, avisos, regulamentos, ou mesmo oralmente²⁵.

Nas palavras de Sergio Pinto Martins: “o empregador tem todo o direito de organizar seu empreendimento, decorrente até mesmo do direito de propriedade”²⁶, entretanto não há autorização legal para interferência na vida pessoal do empregado. As ordens devem limitar-se às funções desempenhadas pelo empregado no ambiente de trabalho. Dessa forma, ao empregador cabe ditar condutas que guardem pertinência lógica com a realização do trabalho e com o ambiente de trabalho.

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem. Editora Saraiva, 2007 p. 692.

²⁵ PANZAN, Edivânia Bianchon. *Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – coleção compacta – volume 6*. Coordenador José Cretella Neto. 1ª edição. Editora Forense: 2006, p. 64.

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª edição atualizada até 12/2004. Editora Atlas, 2005, p. 227.

O poder de organização constitui a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade deve ser desempenhada pelos empregados, atribuindo obrigações e tarefas para o bom desempenho do sistema produtivo, assim como, corrigir imperfeições do processo produtivo e aperfeiçoar os métodos gerenciais de produção.

A evolução das técnicas de administração empresarial e a inserção de novos métodos de produção podem condicionar a necessidade de adaptação empresarial, objetivando aumentar os lucros e reduzir os custos empresariais.

Ao empregador cabe a responsabilidade na direção empresarial, definindo estratégias que se adequem às constantes modificações mercadológicas, para superar a concorrência do mercado interno ou externo. Sua responsabilidade fundamental na direção será exercida objetivando alcançar a melhor produção e circulação dos seus bens produzidos.²⁷

Por fim, importante frisar que existem limitações ao exercício do poder de organização, já que o empregador não pode, por exemplo, determinar a realização de atividades ilícitas ao seu empregado. Este, por sua vez, não precisa e nem deve cumprir ordens ilegais, tampouco atentatórias à moral ou que firam a dignidade humana.

3.3.2. PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar do empregador é o corolário do chamado poder diretivo ou poder de comando, que, para muitos autores, constitui uma categoria à parte. Tanto o poder regulamentar, anteriormente tratado, como o poder disciplinar dimanam do direito de direção geral reconhecido pela ordem jurídica ao empregador. É esse direito de direção geral que revela, claramente, o estado de subordinação do empregado e constitui o elemento característico do contrato de trabalho.

Quer se procure fundamentar este poder no direito de propriedade, como admitem alguns autores, quer se intente fundamentá-lo na "responsabilidade que assume o chefe da empresa", como pretendem outros, de qualquer forma se trata de um direito reconhecido pela ordem constituída. O direito de direção geral permite ao empregador utilizar a força

²⁷ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de Baraúna. *Manual de Direito do Trabalho*. 1ª edição. Editora Forense: 2009, p. 199.

de trabalho do empregado no melhor interesse da empresa. O contrato de trabalho limita-se, com efeito, a colocar o empregado à disposição do empregador. Sua obrigação, em geral, comporta uma larga indeterminação. Este direito de direção imprime às relações de trabalho sua marca característica. Nos outros contratos, o credor de acordo com o devedor apenas fixa o objeto da obrigação e o preço. No contrato de trabalho, o empregador adquire um direito de direção contínua sobre a atividade do empregado, durante o curso da relação. O direito de direção exterioriza-se de forma concreta e material no poder disciplinar. Com efeito, este tem por objeto sancionar as faltas cometidas pelos empregados em caso de desobediência às ordens gerais ou individuais baixadas pelo empregador.²⁸

Para Alice Monteiro de Barros, esta espécie de poder “*traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato. O exercício desse poder tem por fim manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho*”.²⁹ Em outras palavras, cabe ao empregador o poder de impor sanções aos empregados para que estes cumpram o que foi acordado no momento da celebração do contrato de trabalho.

O empregado tem como dever obedecer as regras estabelecidas pelo seu empregador no tocante à forma de execução da prestação dos serviços, salvo se ilegais ou imorais. O poder disciplinar é, assim, a prerrogativa que tem o empregador de impor penalidades administrativas aos empregados que descumprirem as regras a eles impostas ou suas obrigações contratuais³⁰.

Conforme já exposto anteriormente, o empregador possui a prerrogativa de decidir sobre horários, funções, uniformes, etc. Assim, ele também é o responsável por assegurar que as atividades estão sendo regularmente cumpridas.

²⁸ GOME, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª edição. Editora Forense: 2007.

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª edição. Editora LTr, 2009. p. 609

³⁰ PANZAN, Edivânia Bianchon. *Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – coleção compacta – volume 6*. Coordenador José Cretella Neto. 1ª edição. Editora Forense: 2006, pg. 64.

Para Amauri Mascaro Nascimento, “o poder disciplinar é o direito do empregador de exercer sua autoridade sobre o trabalho do outro, de dirigir sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e impor sanções disciplinares”³¹.

As sanções existentes são (i) a advertência; (ii) a suspensão; e (iii) a despedida por justa causa. O artigo 474 da CLT, porém, impede que a suspensão disciplinar do empregado se prolongue por mais de 30 dias, pois, caso isso ocorra, estaria configurada a rescisão contratual sem justa causa.

O empregador deve, ainda, estar atento ao nexo de causalidade entre a falta cometida e a imediatidade da sanção a ela aplicada, sob pena de perdão tácito, como bem ressalta Alice Monteiro de Barros.

A jurisprudência vem aceitando todas as medidas supramencionadas como forma de aplicação do poder disciplinar do empregador, a saber:

*JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE ENTRE A PENA E A INFRAÇÃO PRATICADA. NÃO OBSERVÂNCIA DA GRADAÇÃO DAS PENALIDADES E DO CARÁTER PEDAGÓGICO DA PENA. O poder punitivo do empregador deve ser exercido com a finalidade de ajustar o obreiro à sadia convivência laborativa, uma vez que o objetivo central desse poder não é sancionar, punir, mas principalmente criar condições para a ressocialização obreira no universo empresarial. A punição deve ser encarada apenas como instrumento subordinado a esse objetivo maior e a exclusão do trabalhador deve ser tida como solução cabível somente em casos efetivamente justificáveis. Para que esse objetivo seja atingido a Lei prevê diferentes penalidades para o caso de infração praticada pelo empregado e exige que haja correspondência entre a conduta infratora e a punição aplicada, ou seja, deve haver harmonia entre a dimensão e extensão da falta cometida e a dimensão e extensão da punição perpetrada, cuja adequação (ou inadequação) da pena manifesta-se por meio da proporcionalidade entre a infração e a punição. **A ordem justralhista também exige que as punições devem ser gradualmente dosadas pelo empregador, em proporção crescente, iniciando pela punição mais branda até a mais elevada no topo da escala gradativa de punições, tais como: advertência verbal; advertência escrita;***

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 23ª edição. Editora Saraiva, 2008 p. 695.

suspensão de um dia; suspensão de alguns dias; e, por último, a dispensa por justa causa. A gradação de penalidades propiciaria o alcance dos fins pedagógicos do exercício do poder disciplinar, direcionando esse poder à meta de ajustar o trabalhador à dinâmica empregatícia, sem o intuito preponderantemente punitivo, mas essencialmente educacional. No caso concreto, não há sequer provas de que a reclamante tenha agido com desídia (tese patronal) e, mesmo que houvesse, imperiosa a equivalência entre a suposta infração cometida e a punição que lhe foi aplicada. A empresa reclamada teria que observar o critério da gradação das penalidades e o caráter pedagógico da punição ao exercer o poder disciplinar, portanto é desproporcional a dispensa do empregado por justa causa, sem antes lhe aplicar a pena de suspensão. Portanto, no caso em julgamento, a reversão da dispensa com justa causa para dispensa sem justa causa é medida imperativa e, por corolário lógico, o pagamento das verbas rescisórias inerentes a esta modalidade de extinção do contrato de trabalho. (grifos nossos - TRT 23ª R.; RO 0000478-57.2011.5.23.0066; Primeira Turma; Rel. Des. Edson Bueno; DEJTMT 09/08/2012; Pág. 59)

3.3.3. PODER DE CONTROLE

Outro aspecto do poder diretivo é o poder de controle do empregador, no qual este tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades dos empregados. Segundo Amauri Mascaro Nascimento, a atividade do empregado, “*sendo subordinada e mediante direção do empregador, não é exercitada do modo que o empregado pretende, mas daquele que é imposto pelo empregador*”³².

É nesta modalidade de poder do empregador que se enquadra o monitoramento dos e-mails, assunto este que será abordado mais profundamente ainda no presente estudo.

Há também as formas de controle tradicionais, como “*marcação dos horários de entrada e saída no serviço por meio de cartões de ponto ou livro de ponto, a*

³² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 23ª edição. Editora Saraiva, 2008, p. 696.

*prestação de contas dos empregados vendedores, o controle de qualidade de peças produzidas pelos empregados, etc”.*³³

O empregado exerce suas atividades de forma subordinada, do modo que lhe é imposto pelo empregador, que tem, portanto, a faculdade de fiscalizar, acompanhar e vigiar o modo como está sendo executada a prestação dos serviços. São formas de fiscalização e controle dos serviços pelo empregador: anotação de horários de entrada e saída nos cartões de ponto, instalação de circuitos de TV nos locais de trabalho, revista de empregados no horário de saída destes, prestação de contas, dentre outras.

*O poder de fiscalização do empregador não é absoluto, tendo em vista a existência de diversas normas e princípios de proteção da dignidade, da liberdade e da privacidade da pessoa, que devem ser sempre respeitados”*³⁴.

O poder de controle possui mecanismos de verificação da conduta dos empregados, variando desde a verificação dos horários de trabalho, do descanso dos empregados, até a fiscalização tecnológica mediante recursos de captação de conduta com instrumentos de reprodução de imagem e som.

O poder de controle exercido pelo empregador deve respeitar um modus operandi, que não represente verdadeiro instrumento de intimidação social. Toda empresa deve estar em processo contínuo de avaliação, para que melhor se adeqüe aos padrões de exigências mercadológicas. Mas, os mecanismos de avaliação devem respeitar padrões sociais de respeito à integridade física e moral do trabalhador.

O poder de controle poderá ser exercido na verificação dos horários de ingresso e saída da empresa. Sua conduta social perante colegas de trabalho e clientes da empresa. O uso de equipamentos de produção individual obrigatórios pelos empregados etc.

Ao empregador está admitido ainda, o direito de revista sobre os bens particulares dos seus funcionários. No entanto, a Constituição Federal em seu art. 5º, em seu inciso X dispõe que: "são invioláveis a intimidade, a vida

³³ *Ibid.*,p. 697

³⁴ PANZAN, Edivânia Bianchon. *Direito do Trabalho e Processo do Trabalho* – coleção compacta – volume 6. Coordenador José Cretella Neto. 1ª edição. Editora Forense: 2006, p. 64.

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Portanto, o exercício desse direito de revista impede situações vexatórias à imagem dos funcionários da empresa.

Tal poder deverá ser exercido pelo empregador, respeitado a individualidade e a intimidade dos seus funcionários, mediante a inviolabilidade de espaços privativos de usos comuns (do mesmo sexo) ou de uso individual (necessidades pessoais ou fisiológicas).

O desrespeito ao instituto de proteção constitucional (art. 5º, inciso X, da CF/88) poderá ensejar ação indenizatória por danos morais à integridade de imagem do trabalhador. Nesse particular, existe ampla tendência jurisprudencial em admitir a competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal.³⁵

Em síntese, o poder diretivo engloba o poder de organizar a atividade econômica, envolvendo a estrutura jurídica da empresa, a divisão de cargos, tarefas, de regulamentar a prestação de serviços através de normas disciplinares, dentre outros. Seu objetivo é o de assegurar que os empregados respeitem o regulamento da empresa.

Importante ressaltar que o poder diretivo não poderá, de forma alguma, violar os direitos dos empregados garantidos constitucionalmente, tais como a dignidade, a privacidade, etc. Até porque, o empregado quando celebra o contrato de trabalho não abdica dos seus direitos e garantias constitucionais.

É exatamente neste aspecto que surgem os conflitos entre o poder diretivo do empregador e os direitos constitucionais do empregado: a proteção ao direito de privacidade (preceito constitucional de sigilo de correspondência – art. 5º, XII, da Constituição Federal) em contraposição ao direito à propriedade (compreendendo os limites do poder diretivo).

Por um lado, se a propriedade dos bens de produção e o correio eletrônico corporativo é do empregador e, ainda que falemos em e-mail pessoal do empregado, porém acessado no horário de trabalho e por meio de equipamento do

³⁵ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de Direito do Trabalho*. 1ª edição. Editora Forense: 2009, p. 203.

empregador, cabe ao empregado alegar os direitos à privacidade e ao sigilo de correspondência para impedir que sejam fiscalizadas suas navegações e mensagens?

Por outro lado, pode o empregador, sendo o proprietário dos meios e quem contrata o trabalhador para a utilização do computador em serviço, vasculhar o uso da rede? Ou seria a hipótese de conciliar esses interesses contrapostos, coibindo interferências patronais indevidas e abusos do trabalhador na utilização do e-mail corporativo e do e-mail pessoal acessado no ambiente de trabalho?

4. PODER DIRETIVO E SUBORDINAÇÃO – CONFLITO DE DIREITOS

Passada a análise da relação de emprego com as características à ela inerentes, o foco do estudo polarizou-se em duas especiais características que dão vida à problemática central aqui desenvolvida: poder e subordinação. Tais características, já estudadas de maneira isolada, passam, neste capítulo, a confrontar-se para que possamos construir as possibilidades de coexistência de ambas.

O avanço exponencial na área da tecnologia e dos meios de comunicação na sociedade pós-industrial trouxe com ele novas formas de comunicação, transmissão de dados e informação, que, conseqüentemente, modificaram também as relações interpessoais, inclusive a relação de trabalho. A eliminação das barreiras geográficas e o encurtamento de distâncias desenvolveram novas condutas culturais, sociais e comerciais, que até alguns anos atrás não eram sequer cogitadas.

Essa revolução tecnológica foi consagrada, fundamentalmente, com a disseminação da *Internet*: rede mundial de computadores que possibilita que vários usuários e redes do mundo inteiro se comuniquem por meio de um protocolo comum.

Nesse contexto mundial, o empregador disponibiliza aos seus empregados variadas ferramentas que possibilitam o trabalho interativo e eficiente, como o acesso à Internet e o uso de e-mails e mensagens instantâneas. Contudo, o

empregador tem se preocupado em controlar o bom uso das ferramentas pelos seus empregados.

Neste cenário, dois direitos fundamentais são analisados para que se possa delinear o que seria conduta lícita e o que configuraria abuso de poder diretivo do empregador: (i) o direito à intimidade do empregado e (ii) o direito à propriedade do empregador.

4.1. DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO

Nos ensinamentos dos constitucionalistas Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁶, os direitos fundamentais tem como característica a historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade. Ainda segundo os autores, historicidade pois foram conquistados historicamente, com a evolução da própria sociedade e seus anseios. São universais pois são destinados a todos os seres humanos, sem distinção ou exclusão. A limitabilidade significa que não são absolutos, isto é, em caso de colisão de direitos fundamentais, deve haver uma cessão recíproca. A concorrência é devido ao fato de poderem ser acumulados, ou seja, um mesmo titular pode exercer, ao mesmo tempo, mais de um direito fundamental. Por fim, são irrenunciáveis pois os indivíduos não podem dele dispor.

O artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso X, estabelece que são invioláveis (i) a intimidade; (ii) a vida privada; (iii) a honra; e (iv) a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral caso haja uma violação destas garantias constitucionais. Neste mesmo sentido, o inciso XII do artigo supramencionado assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência, nos seguintes termos:

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.

³⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5a Ed., São Paulo. Ed. Saraiva, 2001.

Não obstante, o artigo 1º, da Lei 9.262/96, dispõe que: “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”.

Quando o texto constitucional se refere às comunicações de dados, não se está tratando do conteúdo das comunicações, mas sim da modalidade tecnológica pela qual as comunicações são feitas³⁷, incluindo, dentre outros, a mensagem eletrônica, o e-mail. Neste sentido entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

Com efeito, “e-mail” nada mais é que correio eletrônico. Ou seja, correspondência enviada pelo computador... Manifesta a violação de correspondência, ainda que eletrônica, fere a garantia à intimidade (Constituição Federal, art. 5º, inciso VIII)³⁸

4.2. DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA DO EMPREGADOR

Não obstante a proteção constitucional do direito fundamental à intimidade, esta garantia não é absoluta. Isto porque, o mesmo texto elenca o direito à propriedade privada, em seu artigo 5º, XXII, como digno de proteção constitucional também.

Conforme já explicado, do direito constitucional de propriedade decorre o poder diretivo do empregador, segundo o qual este goza de prerrogativas para determinar o modo pelo qual a sua atividade será desenvolvida.

Ocorre que este direito de propriedade, bem como seus desdobramentos, também não são absolutos, encontrando suas limitações nos direitos fundamentais, e entre eles, não apenas o direito de intimidade, mas também a dignidade da pessoa humana do trabalhador, já que a subordinação jurídica decorrente da relação de

³⁷ C. R. BASTOS, I. G. S. MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, II, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 82.

³⁸ Acórdão No 20000387414, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Rel. Des. Juiz Fernando Antonio Sampaio da Silva.

emprego não tem o condão de suprimir as garantias e direitos fundamentais do empregado.

(...) José Manuel Del Valle Villar, com base na legislação espanhola, limita a atividade do empregador, salientando que este: (I) não pode imiscuir-se em questões que excedem o cumprimento das obrigações de trabalho; (II) não pode utilizar os seus subordinados dentro da estrutura hierárquica da empresa para estabelecer um sistema de espionagem laboral; (III) não pode tolerar que tal sistema se estabeleça por iniciativa de algum(s) de seus trabalhadores; (IV) não pode contratar expressamente pessoas com a finalidade de vigiar aspectos ou atividades extracontratuais do trabalhador; nem (V) instalar e utilizar máquinas e aparatos que excedam o mero controle da atividade laboral.³⁹

4.3. SOPESAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de colisão de direitos fundamentais, ou seja, “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular”⁴⁰, devemos sopesá-los para que eles possam coexistir no caso concreto.

Não há, em nosso ordenamento jurídico, uma fórmula única e preparada para todas as vezes em que estes direitos colidirem. Assim, diante de uma situação em concreto, devem as partes e os julgadores, com equacionamento, tentar preservar o fim social do direito, buscando nos princípios gerais a fonte de equilíbrio, para que a harmonização decorra da valoração atribuída a cada um dos direitos.

(...) No âmago do direito, repousa a eterna inquietação de se realizar o sentimento de "proportio" nas relações da vida. Nas palavras do genial florentino, "direito é proporção real e pessoal de homem para homem" (ius est realis personalis hominis ad hominem proportio), que, quando mantida, mantém a sociedade, e quando corrompida, corrompe-a. Com semelhante inspiração, Karl Larenz⁸ sustenta que "a idéia de justa medida tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como

³⁹ DUARTE, Juliana Bracks. *Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador*. Revista Justiça do Trabalho. São Paulo. 2006. p. 07

⁴⁰ *Ibid.*, p.7.

*na importância de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível.*⁴¹

4.4. DEVERES DO EMPREGADOR

O empregador detém os meios de produção e o poder disciplinar para determinar a forma como as ferramentas disponibilizadas devem ser utilizadas por seus empregados.

Entretanto, a doutrina não é pacífica sobre se o empregador teria o direito absoluto de delimitar unilateralmente a abrangência do uso de seus equipamentos, com base no direito constitucional de propriedade, ou se, independente disto, a utilização dos equipamentos deveria decorrer de negociação coletiva, ou inserido no contrato de trabalho individual.

Não nos parece ter o empregado o condão de participar desta escolha. Isto porque é o empregador que detém a propriedade de todos os meios de produção em seu ambiente de trabalho, inclusive as ferramentas utilizadas pelos empregados para o desempenho de suas funções.

A ponderação dos direitos aparece no momento em que as limitações devem ser previamente comunicadas aos empregados, quando do momento de sua contratação. Desta forma, a admissão seria uma anuência tácita com as regras pré-determinadas.

*Neste mesmo sentido, David L. Carter e Andra Katz, integrantes, respectivamente, da Escola de Justiça Criminal da Universidade de Michigan e Universidade de Wichita, co-autores de um documento abordando crimes por via computacional, recomendam a criação de uma política interna rígida de uso dos e-mails, esclarecendo aos empregados que o sistema eletrônico pertence ao negócio, que não deve ser usado para fins pessoais e que o empregador tem o direito, não o dever, de monitorar o conteúdo das mensagens.*⁴²

⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ª edição. Editora Forense: 2006, p. 113.

⁴² DUARTE, Juliana Bracks. *Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador*. Revista Justiça do Trabalho. São Paulo. 2006. 231/243.

4.5. DEVERES DO EMPREGADO

A solução aqui veiculada, de prévia anuência do empregado com as regras delimitadoras do uso das ferramentas de trabalho, impõem a vedação expressa, contida no contrato de trabalho ou em política ou regulamento interno da empresa, do uso dos equipamentos para outros fins que não os profissionais.

Neste sentido, o empregado autoriza a verificação por parte do empregador da efetividade do trato que celebraram, com o devido monitoramento, e bloqueio dos sites proibidos também.

Neste cenário, é importante salientar que não há renúncia do direito fundamental à intimidade por parte do empregado. Há tão somente uma espécie de cessão parcial de sua intimidade, já que todo empregado que adentra ao ambiente de trabalho automaticamente se vê proibido de tratar assuntos pessoais durante seu trabalho, de modo que este comportamento deve, logicamente, estender-se aos meios eletrônicos e ferramentas de trabalho.

No que se refere à Internet, a adoção dos chamados “bloqueadores de acesso”, tal como por meio do sistema de segurança Firewall, é uma medida que se mostra bastante útil e elimina, inclusive, a necessidade de um posterior rastreamento dos sites visitados pelos empregados. Essa predefinição dos sites permitidos faz com que a atuação do empregador passe a ser preventiva, e não investigativa, o que é ainda melhor para o trabalhador. (...) Para as conversas telefônicas, as empresas também dispõe de alguns mecanismos preventivos de controle, como, por exemplo, a impossibilidade de se efetuar uma chamada interurbana, diretamente da mesa de cada empregado, salvo por intermédio da telefonista, a quem deverá ser justificada a chamada. Ademais, poderão instalar aparelhos para gravação dos telefonemas, uma vez que é sabido, de antemão, que os assuntos ali discutidos têm relação direta com a prestação dos serviços contratados.⁴³

⁴³ DUARTE, Juliana Bracks. *Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador*. Citando J. J. Canotilho, Revista Justiça do Trabalho. São Paulo. 2006. 231/243

O controle do empregador no que tange à utilização da Internet por seus empregados tem ainda a função de proteção da ferramenta de trabalho contra eventuais vírus na rede, ou, até mesmo de responder e-mails profissionais endereçados a funcionários ausentes.

Se, apesar da expressa vedação ao uso pessoal das ferramentas, o empregado desrespeitar a regra interna da empresa, o empregador, além de poder demiti-lo por ato de indisciplina (art. 42, h, da CLT), se for o caso e dependendo de suposta violação à intimidade e vida privada daquele. É evidente que a razoabilidade e o bom senso devem prevalecer, evitando que as empresas cheguem ao extremo de demitir empregados apenas porque estavam lendo piadas ou recebendo correntes na rede.⁴⁴

4.6. PREVISÃO CONTRATUAL OU REGULAMENTAR

No caso de existir uma política interna autorizando o uso do e-mail corporativo para fins pessoais ou se o contrato de trabalho expressamente prever a possibilidade de utilização das ferramentas de trabalho para uso pessoal, o empregador tem a obrigação de respeitar a privacidade de seus empregados, sob pena de dar causa à rescisão do contrato. Neste caso específico, a simples suspeita de utilização ilícita das ferramentas, ou de fraude, não autoriza o empregador a investigar o uso que o empregado está atribuindo àquela ferramenta de trabalho. O empregador, então, deverá recorrer ao Poder Judiciário e obter uma autorização para esta finalidade específica.

O empregador, muito embora seja detentor do poder diretivo do negócio, não tem o direito, nem o privilégio, de se arvorar, a seu exclusivo critério, na atividade investigativa, nem o privilégio, de se arvorar, a seu exclusivo critério na atividade investigativa de quem quer que seja. (...) essas condutas empresariais, sem permissão judicial, ferem a presunção de inocência do trabalhador e o princípio da igualdade entre as partes. (...) Se o Estado reserva para si o monopólio da segurança pública, somente em casos excepcionais, pode transferir essa atribuição de terceiros. Alguns doutrinadores (...) vão ainda além, entendendo que, no caso dos e-mails, nem mesmo uma autorização judicial seria capaz de permitir a verificação do conteúdo da correspondência. Isto porque o art. 5º, XII, da CRFB (...)

⁴⁴ *Ibid.*

somente autoriza a quebra do sigilo, por meio de ordem judicial, para o caso específico das comunicações telefônicas.⁴⁵

Sob o tema, colaciono relevante entendimento jurisprudencial:

*SISTEMA DE VIGILÂNCIA MANTIDO NO AMBIENTE LABORAL. DANO MORAL. A presença de câmeras de vídeo no ambiente laboral, ao argumento de que o objetivo do sistema de vigilância era tanto preservar as informações dos clientes atendidos pelo call center, como preservar o patrimônio empresarial, já sucumbe pela própria natureza da atividade (atendimento via telefone junto à terminal de computador), não se cogitando, então, de preservação do cliente, mas tão-somente do patrimônio empresarial. Em tese e sem abuso, é legítimo o poder de direção empresarial voltado à vigilância no ambiente de trabalho, desde que justificado por razões de segurança. **A lide em análise exige ponderação entre a dignidade da pessoa humana e a segurança do patrimônio empresarial, aqui entendido como o substrato material da empresa e clientela.** No entanto, essa ordem axiológica (pessoa humana e patrimônio) não admite ressalva injustificada. A ponderação não se faz em tese, nem de maneira apriorística, o que por certo esbarraria na primazia da dignidade humana. No caso, a escusa absolutória invocada pela ré (exercício regular do poder diretivo para salvaguardar o patrimônio empresarial) não lhe socorre, haja vista que se revelou não apenas desnecessária, como abusiva. Desnecessária, porque a vigilância dos empregados por câmeras enquanto atendem os consumidores via telefone e utilizando terminais de computadores é fator inócuo na segurança daqueles, pois nada obsta que a informação pessoal prestada nesse modo e ambiente seja melhor preservada porque gravada a imagem do trabalhador. Note-se que a discussão não envolve a gravação da conversa telefônica do atendimento no call center, ingerência esta que, em tese e sem abuso, encontraria justificativa. Abusiva, porque, uma vez que não encontra justificativa de ordem fática que a legitime, evidente está que a vigilância, eis que esvaziada no próprio ato de controle de "vigiar e punir" de que já nos alertou FOUCAULT em sua clássica e homônima obra. Uma ingerência tal, voltada mesmo aos mais mezinhos atos implica em franco abuso, que gera dano moral indenizável, justamente porque desarrazoada e violadora*

⁴⁵ DUARTE, Juliana Bracks. *Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador*. Citando J. J. Canotilho. Revista Justiça do Trabalho. São Paulo. 2006. 231/243

*da intimidade do trabalhador. A melhor doutrina converge no sentido de que a instalação de câmara de vídeo ou de filmagem constitui uma medida ajustada ao princípio da proporcionalidade (GOÑl SEIN, José Luis. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales. Thompson/Civitas, 2007, p. 30, 31, 37, 50 e 54) DESDE QUE a instalação em local onde o empregado executa suas atividades seja medida justificada, equilibrada e imprescindível. Não se olvide que, também se repele, aqui, a tentativa de se ""coisificar"" o homem, posto ser gente e, como tal, suscetível a sentimentos das mais variadas ordens, inclusive o da humilhação de ver-se obrigado a se expor e ser controlado diariamente pelo sistema de vigilância da ré, a fim de garantir sua própria subsistência. Não sobressai razoável a violação da intimidade para fins de atender a interesse privado ou meramente econômico. A abusividade da reclamada em adentrar invasivamente a privacidade do empregado resultou patente, além de manifestamente desnecessária e em menoscabo à garantia constitucional assegurada. Concessa venia, **não há justificativa plausível para a adoção de tal medida em atividades como a da reclamada (call center), nem proporcionalidade ajustada entre a dimensão do vilipêndio à privacidade e a finalidade meramente econômica de proteger o bem patrimonial.** Configurado está o dano moral, haja vista que a Carta Constitucional em seu artigo 5º, X, prevê que ""são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (grifos nossos - TRT 9ª R.; Proc. 02347-2008-664-09-00-1; Ac. 07290-2010; Segunda Turma; Relª Desª Rosemarie Diedrichs Pimpão; DJPR 9.3.2010).*

De acordo com a jurisprudência indicada, diante da colisão de valores fundamentais, não há uma fórmula exata, em abstrato que seja capaz de solucionar todo e qualquer caso. Assim, faz-se necessário adotar a interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico, interpretar o caso concreto conforme a Constituição, por meio de dois importantes recursos que só serão identificados como elementos integrantes das peculiaridades do caso concreto: ponderação e razoabilidade.

A Carta Magna prevê, de maneira não taxativa, em seu artigo 5º, a cadeia principiológica que conforma os direitos e garantias fundamentais. Erigidos à cláusula pétrea, segundo o artigo 60, § 4º, inciso IV, estes princípios dão sustentação ao ordenamento jurídico em nosso Estado Democrático de Direito.

O poder de direção do empregador, originado do contrato de trabalho, advindo da autonomia privada, não pode ser exercido sem limites frente aos direitos fundamentais do empregado. Hodiernamente, utilizam-se mecanismos de monitoramento do trabalhador no âmbito trabalhista que configuram, à primeira vista, afronta aos direitos à intimidade, à privacidade e ao princípio da dignidade humana. Entretanto, os tribunais já se manifestam a favor da utilização desses meios de monitoramento e controle, desde que observados os limites impostos pelos direitos fundamentais.

*Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de se preservar a dignidade humana, têm sido os balizadores na colisão de princípios oriunda das relações trabalhistas. Com a aplicação de referidos princípios aos casos concretos, torna-se possível estabelecer a prevalência de determinados interesses e traçar, através disso, parâmetros para o exercício do poder de fiscalização do empregador, a fim de que não haja cerceamento à liberdade e à dignidade do trabalhador”.*⁴⁶

*No que respeita diretamente ao princípio da proporcionalidade, sua afirmação traduz o dever jurídico do intérprete e aplicador do direito de guardar e buscar sempre a almejada justa medida no trato intersubjetivo. Essa cláusula, que é imanente à idéia de direito e que hoje ostenta fecunda vocação expansiva para a compreensão do fenômeno jurídico na pós-modernidade, expressa a noção de equitatividade, de adequabilidade, de suficiência, de ausência de abuso ou excesso, de equilíbrio de conduta, de equânime distribuição de ganhos e ônus nas relações jurídicas, de idoneidade na contemplação dos interesses e pretensões jurídicas, enfim, de justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e os deveres impostos, reprimidos, admitidos ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática”.*⁴⁷

Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou posituação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação

⁴⁶ RAMOS, Karina Oliveira Cardoso – In <http://jus.com.br/revista/texto/14324/colisao-de-principios-no-exercicio-do-poder-diretivo-do-empregador/3> Acessado em 30.05.2015.

⁴⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ª edição. Editora Forense: 2006, p. 112.

*judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos. A idéia (ou ideário) da proporcionalidade persegue, assim, a justa e equânime distribuição de ônus e encargos, e também de bônus e vantagens, nos incontáveis contextos de disputas, litígios e concorrências intersubjetivas”.*⁴⁸

O princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial do ser humano em suas relações trabalhistas, no modo como deve proceder em sua razão. Toda a norma jurídica se estrutura em torno de critérios de razão e de justiça, que partem da natureza da pessoa humana e buscam concretizar um ideal de justiça. A faculdade patronal não permite a arbitrariedade, injustiças ou discriminações pessoais. O poder diretivo da empresa se legitima, quando a empresa se conduz e orienta no sentido da unidade do fim econômico e interesse dos trabalhadores. O empregador possui um poder diretivo que lhe garante certa faculdade em aplicar sanções aos empregadores infratores, de um modo razoável de se conduzir no âmbito da empresa. Mas essa faculdade não significa carta branca para atuar de qualquer maneira. Ninguém pode se servir de vinganças ou perseguições pessoais, tampouco, com atuação caprichosa ou desmedida do empregador.

*Deve existir uma razoável proporcionalidade entre as sanções aplicáveis e a conduta do trabalhador, tanto no que se refere à natureza da falta, como sua reiteração e antecedentes do trabalhador. Em última análise, o trabalhador que reputa excessiva ou injusta a punição pode reclamar contra ela. E o magistrado atua objetivando encontrar a razoável aplicação da sanção à conduta praticada.*⁴⁹

Nessa linha, o entendimento do ilustre Godinho Delgado, citado por Bento Herculano:

A importância dos princípios na ciência do Direito, entretanto, não tem obviamente o condão de os transformar em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário, sua validade se preserva apenas caso considerados em seus

⁴⁸ *Ibid.* p. 113.

⁴⁹ BARAÚNA. Augusto Cezar Ferreira de Baraúna. *Manual de Direito do Trabalho*. 1ª edição. Editora Forense: 2009, p. 80/81.

*limites conceituais e históricos específicos, enquanto sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordens jurídicas em determinados períodos históricos. Os princípios jurídicos emergem, assim, como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo-se a uma inevitável dinâmica de superação e eclipsamento, como qualquer outro fenômeno cultural produzido.*⁵⁰

5. MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO E PESSOAL

Primeiramente, esclarecermos a diferença entre o e-mail corporativo e o pessoal. De acordo com Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

*(...) 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 no sentido da utilização do e-mail corporativo para fins de natureza particular.*⁵¹

Data máxima vênua, entendemos que e-mail corporativo não é tão somente aquele acesso por meio do computador / equipamento fornecido pela empresa, mas sim a conta de e-mail criada pelo empregador em seu provedor ou em provedor diverso, porém para fins explícitos de trabalho. Assim, o e-mail corporativo seria o e-mail criado pelo empregador para que o empregado utilize para tratar de assuntos relacionados ao trabalho.

Já o e-mail pessoal seria conceituado como o e-mail privativo do empregado, criado por ele em provedor de sua escolha para atender estritamente seus fins pessoais, não guardando qualquer relação com seu cargo ou função desempenhados em seu empregador.

⁵⁰ DE SOUZA, Otávio Augusto Reis e CARNEIRO, Ricardo José das Maercês. *Direito e Processo do Trabalho*. 1ª edição. Editora Forense: 2008, p. 44.

⁵¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Justiça do Trabalho. Vol. 27, n 310, 2010, p. 37

A legislação é silente quanto a possibilidade de monitoramento da correspondência eletrônica, tanto a corporativa quanto a pessoal acessada por meio de equipamentos pertencentes ao empregador.

Nesse sentido, surgem três linhas de raciocínio sobre o tema: (i) a possibilidade irrestrita de monitoramento; (ii) a impossibilidade absoluta do monitoramento; (iii) a possibilidade do monitoramento com restrições.

5.1. MONITORAMENTO IRRESTRITO DO E-MAIL CORPORATIVO

Aqueles que defendem o monitoramento irrestrito do e-mail corporativo argumentam que ele visa combater o desperdício de tempo no ambiente de trabalho e, especificamente, bloquear textos obscenos, piadas preconceituosas, correntes, acesso a sites de conteúdo pornográfico. Ademais, o mau uso da Internet através dos meios de produção concedidos pelo empregador podem acarretar em lesões ao bom nome e à boa imagem da empresa, isto porque, uma simples piada de um funcionário pode associar a imagem da empresa a crimes que vão desde a difamação e calúnia até o estelionato, sendo imprescindível o monitoramento do uso da Internet pelo empregado.

Argumentam, ainda, que o preceito constitucional que resguarda o sigilo de correspondência não se aplica à utilização do correio eletrônico corporativo, já que este não seria considerado como correspondência definida pela legislação específica, aplicável ao serviço postal. Para eles, a mensagem eletrônica não circula por meio de serviço postal previsto na lei, já que trafega pelo sistema operacional do empregador. Sustentam, ainda, que o sigilo que merece proteção opera-se em favor do titular da ferramenta de trabalho e que protege as informações confidenciais de interesse da empresa.

No entanto, este não é o posicionamento que compartilhamos. Primeiramente, entendemos que, não obstante o e-mail não seja enquadrado no termo técnico de “correspondência”, ainda sim, o e-mail está entre os objetos descritos no artigo 7º, parágrafo primeiro, da Lei No. 6.538/78, o qual dispõe o que é passível de ser chamado de “objetos de correspondência”, tais como: carta, cartão-postal, impresso e a pequena encomenda.

Neste sentido, nos termos do artigo 47⁵², da referida Lei, e-mail pode ser considerado como carta, portanto, passível de proteção direta pelo sigilo das comunicações e, indiretamente, pelo direito à intimidade.

Por fim, entendemos que o monitoramento irrestrito do e-mail, sem qualquer limite permite que o empregador utilize tal fiscalização de forma arbitrária e abusiva, lesando efetivamente os direitos constitucionais do empregado à intimidade e privacidade, bem como ao sigilo de correspondências, o que não se pode admitir em nosso ordenamento jurídico.

5.2. IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA DE MONITORAMENTO

Aqueles que defendem a impossibilidade absoluta do monitoramento do e-mail corporativo se fundamentam nos direitos constitucionais a intimidade, privacidade e ao sigilo da correspondência.

A esse respeito, a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 5º, inciso XII, que “*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*”. O inciso X, também do artigo 5º da CF/88, garante a inviolabilidade da “*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*”.

Assim, é possível que um empregado alegue quebra do sigilo de sua correspondência, bem como violação aos seus direitos de intimidade e privacidade, através do monitoramento dos e-mails e dos equipamentos de informática.

Ocorre que tal posição extremista tampouco pode prevalecer, tendo em vista que o empregado também poderia valer-se dos instrumentos de trabalho de forma abusiva, lesando o empregador.

⁵² Artigo 47 – Objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

O advogado paulista Sérgio Ricardo Marques Gonçalves aponta que estudos divulgados nos EUA mostram que, no ambiente de trabalho com acesso à Internet, 87% dos empregados usam o e-mail para assuntos pessoais, 21% divertem-se com jogos e apostas, 16% planejam viagens, 10% enviam dados pessoais e procuram outros empregados, 3% conversam ou namoram em *chats* e 2% visitam *sites* pornográficos, numa atividade constante de gera tráfego de rede e abre as portas para a entrada de vírus e vazamento de informações sigilosas e confidenciais⁵³.

Nesse contexto, verifica-se que simplesmente considerar invioláveis as comunicações do empregado em serviço ou entender que fere o direito à intimidade monitorar a sua atuação no uso do e-mail é uma interpretação, no mínimo, precipitada. Nestes casos, existem dois interesses absolutamente distintos, porém ponderáveis e capazes de coexistirem. O problema, no entanto, é estabelecer os critérios e limites para esta coexistência pacífica.

5.3. O MONITORAMENTO COM LIMITAÇÕES

A corrente que nos parece mais adequada é a que admite o monitoramento do correio eletrônico, porém de forma limitada, com restrições, ponderando e equilibrando o direito à propriedade do empregador e o direito à intimidade do empregado.

É incontroverso que o poder de controle dá ao empregador o direito de monitorar seus empregados para que possa se certificar de que eles estão exercendo corretamente suas funções e obrigações. Este monitoramento também abrange o controle do comportamento dos empregados dentro da empresa e a maneira com a qual os equipamentos da empresa são utilizados no desempenho de suas atividades.

No entanto, o poder diretivo do empregador não pode violar os princípios e garantias constitucionais, nem mesmo ser exercido de forma arbitrária.

⁵³ *In Jus Navegandi* - E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa? www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=2509. Data da consulta: 08.09.2012

Com base no princípio da proporcionalidade, os empregadores podem, quando necessário, impor limites às atividades dos empregados, sendo que tais limites devem ser previamente conhecidos pelos empregados.

Em virtude do poder diretivo do empregador, este possui a prerrogativa de fiscalizar a execução do trabalho de seus empregados, zelar pela boa utilização de equipamentos de sua propriedade que são fornecidos para as atividades profissionais, bem como exigir cumprimento de ordens e impor sanções disciplinares aos empregados.

Ademais, no entendimento de S. L. Simón, assim como o telefone, o e-mail corporativo e o uso que é feito dele pelos empregados faz parte da produção e prestação de serviços da empresa, o empregador não é um “terceiro alheio” à conversação que possa manter ou ter mantido o empregado, mas precisamente o contrário⁵⁴.

Neste sentido, a conta de e-mail fornecida ao empregado – com o nome da empresa como domínio – é considerada como propriedade do empregador e como parte dos meios de produção da empresa. O e-mail corporativo é utilizado pela empresa para que possam ser desenvolvidas suas atividades, incluindo (i) comunicação, (ii) propaganda e (iii) transações comerciais. Como regra, o e-mail corporativo não deve ser utilizado para assuntos pessoais do empregado. As mensagens recebidas e enviadas pelos empregados com o e-mail corporativo são, em princípio, relacionadas à atividade desempenhada pela empresa. Há quem compare e-mail à correspondência enviada à empresa em si, e não ao empregado, que deve ser responsável apenas por receber os meios físicos.

Assim, na qualidade de ferramenta de trabalho e com a finalidade de ser utilizado no serviço e em prol do serviço, o e-mail corporativo está sujeito à vigilância e controle do empregador, no entanto com alguns limites.

Um limite que consideramos razoável e ponderado para o monitoramento do e-mail corporativo seria a existência de um regulamento ou uma política interna da empresa, com prévia notificação do empregado.

⁵⁴ S. L. SIMÓN, *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, São Paulo, Ltr, 2000, p. 153.

Tais medidas de monitoramento são justificáveis com base em diversos aspectos operacionais da empresa, citados por Eugênio Hainzenreder Junior, quais sejam: (i) evitar o acúmulo de *spam* ou lixo eletrônico; (ii) evitar sobrecarga no sistema informático, uma vez que a utilização do e-mail corporativo para envio de arquivos “pesados” pode congestionar o tráfego de informações na rede; (iii) evitar a pirataria, pois o recebimento e a transmissão de determinados arquivos ou programas pode constituir pirataria; (iv) evitar o recebimento de vírus, que contaminaria o sistema da empresa empregadora; (v) evitar a redução da produtividade do empregado, uma vez que a utilização do correio eletrônico para fins diversos da atividade laboral leva ao desperdício de tempo.⁵⁵

Além disto, importante ressaltar a necessidade do monitoramento eletrônico, diante da responsabilidade civil a que o empregador está sujeito por qualquer ato praticado por seus empregados no desempenho de suas funções.

Tal responsabilidade está prevista nos arts. 932, III, e 933 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

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

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

À luz dos referidos artigos, parece-nos razoável a preocupação dos empregadores em relação ao que seus empregados leem ou enviam por e-mail, uma vez que podem ser responsabilizados por tais atos.

Não obstante, cumpre ressaltar que o monitoramento do e-mail pelo empregador não tem a finalidade de investigar o conteúdo das mensagens enviadas,

⁵⁵ JUNIOR, Eugênio Hainzenreder. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador – o uso do e-mail no trabalho*. Editora Atlas, 2009, p. 109/112

ou ainda a vida privada do funcionário, ao contrário, tem a finalidade de garantir o uso dos meios de produção da empresa para os quais foram destinados.

Cabe, ainda, inserir o comentário de Cláudio Bueno de Godoy sobre o art. 932, III, do CC:

no que toca ao empregador ou preponente, sempre alguém com poder de direção sobre a atividade de outrem, que lhe é subordinado e lhe tem relação de dependência, vale a observação, primeiro, de que sua responsabilidade se dá não só quando o empregado ou preposto age no desempenho de suas funções como, mais amplamente, também quando age em razão dela, por causa de sua atribuição, isto é, quando sua função de alguma forma facilite a prática do ilícito.⁵⁶

A jurisprudência vem caminhando no sentido de autorizar o monitoramento dos e-mails corporativos, já que estes são vistos como ferramentas de trabalho e não como algo pessoal do empregado.

*DISPENSA POR JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO. Demonstrado que a autora utilizava o correio eletrônico corporativo para travar diálogos íntimos com o diretor da empresa, resta caracterizada a justa causa por mau procedimento tendo em vista que **o serviço de 'e-mail' corporativo é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional.** (grifos nossos - TRT 3ª R.; RO 2198-22.2011.5.03.0032; Rel. Des. Luiz Ronan Neves Koury; DJEMG 30/05/2012; Pág. 106)*

*JUSTA CAUSA. INCONTINÊNCIA DE CONDOTA OU MAU PROCEDIMENTO. USO ABUSIVO DO E-MAIL CORPORATIVO. Arquivamento de Conteúdos de Imagem e Vídeo Impróprios ao Ambiente Profissional. Uso abusivo do e-mail corporativo para fins pessoais e de recebimento com armazenamento contumaz de material de cunho impróprio ao ambiente de trabalho, **em desrespeito às normas internas e comunicados expressos de comportamento, dever e atitude profissional, explicitamente alertando sobre a conduta tida como imprópria e vedada do uso do sistema informatizado e do computador sob a responsabilidade pessoal do trabalhador,** Incidência do disposto*

⁵⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil Comentado*. Editora Manole. 2007, p.775

no [art. 482, letra "b", da CLT](#). Recurso Ordinário do reclamante a que se nega provimento para manter a improcedência decretada pela origem. (grifos nossos - TRT 2ª R.; RO 02935-0016-200-55-02-0056; Ac. 2011/0170088; Décima Oitava Turma; Relª Desª Fed. Regina Maria Vasconcelos Dubugras; DOESP 24/02/2011; Pág. 252)

E-MAIL" CORPORATIVO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO EMPREGADOR. A prova obtida através de correspondências eletrônicas extraídas de "e-mail" corporativo do empregado são lícitas, pois o endereço eletrônico disponibilizado pelo empregador tem vistas única e exclusivamente à execução do serviço e, portanto, é sujeito a seu controle. (TRT 2ª Região – 3ª Turma – Acórdão nº 20090791333 – Relatora Desembargadora Mercia Tomazinho – DOESP 6.10.2009 - extraído do sítio do TRT da 2ª Região na internet: www.trtsp.jus.br).

Existem casos na jurisprudência em que se reconhece a validade do monitoramento dos e-mails e, como resultado, a possibilidade de utilizá-los como prova para (i) gerar sanção disciplinar; ou (ii) demitir o empregado por justa causa pelo não cumprimento da política interna da empresa. Em outras palavras, o motivo para a demissão por justa causa pode não apenas ser pelo uso impróprio do e-mail, mas também pela falha no cumprimento das regras de conduta previamente estabelecidas, o que pode se enquadrar nas previsões da CLT como incontinência de conduta, mau procedimento, ato de indisciplina ou de insubordinação (art. 482, “b” e “h”).

Inclusive, o Tribunal Superior do Trabalho (“TST”) manifestou o entendimento de que as empresas podem fiscalizar computadores e e-mails corporativos, desde que haja proibição expressa, em regulamento, da utilização para uso pessoal. Entretanto, o poder diretivo do empregador, decorrente do direito de propriedade, não é absoluto.

Segundo entendimento do TST, há limitações quando a fiscalização colide com o direito à intimidade do empregado e outros direitos fundamentais como o da inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefonemas. Referidas limitações são a ciência do empregador quanto ao uso dos instrumentos de trabalho para fins pessoais e expressa previsão em regulamento interno.

Ainda seguindo esta linha de raciocínio, assevera Eugênio Hainzenreder Junior que, ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado submete sua força de trabalho ao poder diretivo do empregador, vinculando-se às regras ajustadas. Assim, se a empresa concede a ferramenta eletrônica para auxiliar na prestação de serviços, a sua utilização estará restrita à atividade laboral, não havendo sigilo a ser preservado naquilo que é de propriedade do empregador para uso específico como instrumento de trabalho.⁵⁷

Vale, aqui, colacionar mais um julgado, segundo o qual a prova obtida por meio do monitoramento do e-mail pode ser utilizada para demissão por justa causa:

*E-MAIL CORPORATIVO. MONITORAMENTO. PROVA LÍCITA. JUSTA CAUSA. O e-mail corporativo traduz-se em um serviço de correio interno e privativo da empresa, cuja natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, voltado exclusivamente para o exercício de sua atividade comercial, não cabendo ao empregado valer-se deste instrumento de trabalho para dar destinação diversa, utilizando-o para assuntos de interesse pessoal ou privado. **Esta categoria de e-mail é passível de monitoramento pelo empregador, cujo objetivo primordial é a proteção das informações da sua empresa, bem como um meio de evitar atividades ilegais e abusivas pelos seus empregados, capazes a afetar a imagem da empresa e gerar possíveis prejuízos, portanto, não há violação de qualquer expectativa de privacidade e confidencialidade. É lícita a prova obtida do e-mail corporativo, visando a demonstrar justa causa para a despedida do empregado.** Dou provimento ao recurso da ré. Multa por litigância de má-fé. Aplicação. Não caracterização. A simples interposição de recurso com vistas à revisão do julgado e sem evidências de intenção meramente protelatória ou destituída da boa-fé processual não caracteriza litigância de má-fé. Ao contrário, materializa o princípio do duplo grau de jurisdição constitucionalmente prestigiado. Dou provimento para excluir as multas aplicadas. (grifos nossos - TRT 23ª R.; RO 00621.2008.009.23.00-0; Relª Juíza Conv. Carla Leal; DJMT 13.4.2009; Pág. 28, Repositório Autorizado de Jurisprudência TST nº 35/2009)*

⁵⁷ JUNIOR, Eugênio Hainzenreder. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador – o uso do e-mail no trabalho*. Editora Atlas, 2009, p.128.

Neste sentido, transcrevemos trecho de acórdão do TST no qual se explicam os objetivos do e-mail corporativo e o motivo pelo qual ele não se enquadra nas hipóteses de inviolabilidade de correspondência prevista na Carta Magna de 1988:

A concessão, por parte do empregador, de caixa de -e-mail- a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho.

Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do e-mail corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada, respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à Internet, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. (Grifos nossos – trecho de acórdão – TST – 7ª Turma – AIRR 1649/2001-001-03-00 – Ministro Relator Pedro Paulo Manus – DEJT 5.12.2008 – extraído do sítio do TST na internet: www.tst.gov.br)

Frise-se que os empregados devem estar cientes dos limites impostos à utilização do e-mail corporativo para uso pessoal. Normalmente, tal restrição é publicada no regulamento / política interna de cada empresa. Nesta política, que deve ser entregue ao empregado quando de sua contratação e recebimento da conta de e-mail, deve estar claro e expresso ao empregado:

- (i) que o e-mail pertence à empresa e não ao empregado e, portanto, deve ser utilizado para fins exclusivamente profissionais;
- (ii) as restrições ao acesso ao e-mail particular do empregado no horário de trabalho, bem como a sites pornográficos ou de conteúdo duvidoso;
- (iii) que o não cumprimento das políticas de uso e monitoramento estabelecidas pelo empregado acarretará sua demissão por justa causa, nos termos do artigo 482, alíneas “b” e “h” da Consolidação da Legislação Trabalhista;

(iv) que o e-mail fornecido pelo empregador está sujeito ao monitoramento.

Assim, temos que o regulamento interno de cada empresa é uma verdadeira ferramenta do empregador para impor as regras que devem ser cumpridas no local de trabalho, de forma que, se estiver estabelecido no regulamento que o uso do e-mail corporativo deve se dar exclusivamente para fins de trabalho, os empregados não podem usá-lo para outra finalidade. Nesta hipótese, está autorizada a verificação dos e-mails por parte do empregador.

Diante do exposto, é importante considerar que: (i) o empregador, detentor do poder diretivo, pode determinar as finalidades específicas quando da utilização dos equipamentos fornecidos por ele como meio de produção; (ii) neste caso, pode checar os e-mails, sites, conversas; (iii) por outro lado, o empregador não poderá violar a correspondência do empregado sem prévia autorização judicial, se permitiu a utilização das ferramentas para fins pessoais; (iv) as provas obtidas licitamente tem o condão de ensejar à demissão por justa causa, ao passo que as provas obtidas ilicitamente não só não ensejam demissão por justa causa, como também condenam o empregador pela violação à intimidade de seu empregado, acarretando a rescisão do contrato de trabalho.

5.3.1. MONITORAMENTO DO E-MAIL PESSOAL DO EMPREGADO

Outro aspecto polêmico sobre o assunto é a questão da possibilidade de monitoramento do e-mail pessoal do empregado quando acessado por meio de um equipamento de propriedade do empregador como, por exemplo, o computador ou smartphone fornecido pela empresa.

Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida no presente estudo, data vênia, entendemos que o acesso do empregado ao seu e-mail particular quando realizado por equipamento pertencente ao empregador poderá sim ser monitorado.

Isso porque, não obstante a conta de e-mail em si ser pessoal, o acesso se deu por meio de equipamento do empregador e fornecido ao empregado tão somente para a realização de suas funções na empresa. Neste caso, entendemos que o direito à propriedade destes equipamentos pelo empregador deve se sobrepor ao direito à intimidade e privacidade do empregado, vez que o empregado tem pleno

conhecimento de que o equipamento pertence ao empregador e é fornecido para o desempenho do trabalho.

Não obstante este entendimento, importante frisar que aqui defende-se o monitoramento da tela do computador, por acesso remoto, por exemplo, e não do monitoramento por “hackeamento” da senha pessoal do empregado e invasão do seu e-mail privativo.

Em outras palavras, entendemos que o empregador tem direito à fiscalizar o que é de sua propriedade, portanto, o equipamento em si (computador, smartphone, etc). Assim, o empregador tem direito a visualizar, ainda que de forma remota, o que o empregado está visualizando na sua tela. Caso o empregado esteja visualizando sua conta de e-mail pessoal por meio do computador da empresa, o empregador acabará, por consequência, visualizando também o e-mail privativo do empregado.

De todo modo, frise-se que esse monitoramento ocorre de forma indireta – não dá ao empregador o direito de invadir a conta pessoal do empregado.

Neste mesmo diapasão, considerando a sociedade moderna a qual estamos vivendo e considerando a necessidade cada vez maior de dinamismo das comunicações, temos também o fornecimento de smartphones pela empresa ao empregado, os quais permitem uma maior rapidez e agilidade na comunicação e troca de dados.

Nos dias atuais, temos cada vez mais presente no cotidiano das empresas o uso de aplicativos de mensagens instantâneas como, por exemplo, o aplicativo denominado “*Whatsapp*”.

Seguindo o mesmo raciocínio lógico que desenvolvemos acima acerca do e-mail pessoal do empregado quando acesso pelo computador da empresa, também entendemos que o aplicativo “*Whatsapp*”, quando acessado por meio do celular / smartphone fornecido pelo empregador para o trabalho do empregado poderá ser monitorado da mesma forma, pelos mesmos argumentos.

No entanto, ressalva dever ser feita em relação ao monitoramento, pelo empregador, do e-mail particular do empregado, webmail, contratado de um

provedor independente, quando acessado por meio de equipamento de propriedade do empregado, ainda que dentro da empresa.

Devido ao seu caráter particular e privado, e pelo fato de o e-mail não possuir qualquer elo de ligação com o empregador, especialmente pelo fato de o equipamento não ser de propriedade do empregador, o aludido monitoramento poderia ser tido como lesivo e contrário ao direito à privacidade e à intimidade das informações pessoais garantidos pela Constituição Federal.

Entretanto, o empregador pode restringir seu uso pelo empregado, no horário de trabalho, de forma a garantir a produtividade e eficiência dos negócios da empresa.

5.3.2. FORMAS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Usualmente, o monitoramento eletrônico é realizado através de programas que registram os sites visitados por seus empregados, com a frequência de tais acessos, bem como filtram, registram e classificam automaticamente cada palavra que passa pelos e-mails de suas redes. Através da utilização de softwares de fiscalização, é possível visualizar os textos das mensagens.

5.4. NÃO OBSERVÂNCIA DAS POLÍTICAS DE USO E MONITORAMENTO DE E-MAIL

No caso de o empregado desconsiderar a política de uso e monitoramento de e-mail do empregador, bem como qualquer outra instrução relacionada, poderia vir a ser demitido por justa causa. A aludida demissão, entretanto, deveria ser calcada na má utilização dos recursos da empresa, bem como na desobediência às ordens do empregador, e não no teor da mensagem monitorada.

Em consequência, o contrato de trabalho poderia ser rescindido pelo empregador com justa causa, baseado no artigo 482, letras (a) e (h) da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei No. 5.452, de 1o de maio de 1943.

Não obstante, caso haja suspeitas de que o empregado esteja ou tenha praticado atividades ilícitas ou criminosas através dos instrumentos de trabalho fornecidos pela empregador, de acordo com a legislação penal e processual penal, os arquivos do computador, pelos quais as mensagens eletrônicas enviadas e

recebidas, poderão ser analisados para obtenção de provas do ilícito cometido, dependendo de prévio requerimento judicial.

Diante de todo o exposto, vemos que é possível o monitoramento dos e-mails, desde que observados alguns limites:

(i) todos os empregados devem ser informados, prévia e expressamente, de que estarão sujeitos a tal fiscalização. Os empregados deverão estar informados de que existe uma restrição ao uso pessoal dos equipamentos eletrônicos fornecidos e que tais ferramentas de trabalho só poderão ser utilizadas para o trabalho, estando, dessa forma, sujeitas ao monitoramento;

(ii) os empregados deverão estar cientes de que a utilização inadequada do e-mail poderá trazer prejuízos para o empregador, tendo em vista que este é responsável perante terceiros pelos atos cometidos pelos seus empregados, conforme o artigo 932, inciso III, do Código Civil; e

(iii) o monitoramento das comunicações cabe quanto ao e-mail de propriedade da empresa, ou, ainda que trate-se do e-mail pessoal do empregado, quando acessado por meio de equipamento de propriedade da empresa. Tal monitoramento não se estende às contas particulares de e-mail às quais os empregados tenham acesso por meio de equipamentos próprios, ainda que durante o horário de trabalho, sendo tal conduta passível apenas de punição disciplinar (advertência, suspensão, etc) e não monitoramento.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal elenca um rol de direitos e garantias fundamentais, soberanos em nosso ordenamento, especialmente em seu art. 5º, a ponto de serem elevados ao patamar de cláusulas pétreas (CR, art. 60, parágrafo 4º, inciso IV), dando sustentação, pois, ao nosso Estado Democrático de Direito.

Frente a isso, embora a autonomia da vontade seja a origem do poder diretivo do empregador, este encontra limitações diante dos direitos fundamentais do empregado, tais como a intimidade, a privacidade, a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, os limites impostos não representam o aniquilamento do poder de direção conferido ao empregador, de modo que são autorizados meios de monitoramento e controle, desde que dentro da moldura imposta pelos direitos fundamentais.

No caso concreto, para conseguir adequar os direitos do empregador com os direitos de seus empregados, o ordenamento jurídico fornece como instrumentos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais tornam possível determinar os interesses que devem prevalecer e quais os parâmetros serão utilizados para o exercício do poder diretivo do empregador sem que sejam feridas a liberdade e dignidade do trabalhador.

Em relação à problemática do monitoramento do e-mail corporativo do empregado em face do poder diretivo do empregador, conclui-se pela possibilidade de fiscalização, desde que o empregado tenha amplo conhecimento de que o e-mail será monitorado e que esta previsão esteja expressa no contrato individual de trabalho ou em regulamento interno da empresa. No que tange ao e-mail pessoal do empregado, quando acessado do computador da empresa, também estará suscetível de monitoramento, considerando que o meio utilizado é de propriedade da empresa.

Esta solução permite um sopesamento e equilíbrio entre os direitos fundamentais da intimidade e privacidade do empregado e do direito de propriedade do empregador, de forma que o empregado não seja surpreendido pela fiscalização e o empregador possa monitorar o uso adequado dos seus instrumentos de trabalho pelos seus empregados.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. Justiça do Trabalho. Vol. 27, n 310, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. 1ª edição, Forense: 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição, LTR, 2009.

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

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4ª edição: Forense, 2006.

DE SOUZA, Otávio Augusto Reis e CARNEIRO, Ricardo José das Maercês. **Direito e Processo do Trabalho**. 1ª edição: Forense, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª edição, São Paulo: LTr, 2005.

DUARTE, Juliana Bracks. **Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador**. Revista Justiça do Trabalho. São Paulo, 2006.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª edição. Método, 2009.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código Civil Comentado**. Manole: 2007.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª edição. Forense, 2007.

INFOEXAME, Plantão Info. **Um Terço dos Empregados nos EUA são Monitorados na Web**. Disponível na Internet via www2.uol.com.br/info/index.shl. Notícia divulgada em 10/07/2001.

JÚNIOR, Eugênio Hainzenreder. **Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador**. São Paulo. Atlas, 2009.

In Jus Navegandi - **E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?** www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=2509. Data da consulta: 20.05.2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito do Trabalho**. 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito do Trabalho**. 23ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 22ª edição. Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 23ª edição. Saraiva, 2008.

PANZAN, Edivânia Bianchon. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**. Volume 6. 1ª edição. Forense, 2006.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 5ª tiragem. São Paulo. LTr, 1997.

RAMOS, Karina Oliveira Cardoso. **Colisão de Princípios no Exercício do Poder Diretivo do Empregador**. Disponível na Internet via <http://jus.com.br/revista/texto/14324/colisao-de-principios-no-exercicio-do-poder-diretivo-do-empregador/3>. Acesso em 30.05.2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**
– Parte Geral. Elsevier, 2009.

S. L. SIMÓN, **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregador**. São Paulo. LTr, 2000.

Sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho: in <http://www.tst.gov.br/>