

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
UNIDADE ACADÊMICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MANOELA ROCHA FERREIRA

**FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO:
REFLEXÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO
EMPREGADO E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR**

CRICIÚMA, SC

2015

MANOELA ROCHA FERREIRA

**FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO:
REFLEXÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO
EMPREGADO E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
avaliação na disciplina de Trabalho
Monográfico do curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense
– UNESC

Orientadora: Profa. Gabriele Bernardes
Ongaratto

CRICIÚMA, SC

2015

MANOELA ROCHA FERREIRA

**FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO:
REFLEXÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO
EMPREGADO E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado pela Banca Examinadora
apresentado como requisito parcial para
avaliação na disciplina de Trabalho
Monográfico do curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense
– UNESC.

Criciúma, 06 de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Gabriele Bernardes Ongaratto - Orientadora – Universidade do Extremo Sul
Catarinense

Profa. Márcia Andréia Schutz Lírio Piazza - Examinadora - Universidade do Extremo
Sul Catarinense

Profa. Raquel Felício - Examinadora - Universidade do Extremo Sul Catarinense

RESUMO

Este trabalho monográfico possui como intuito o estudo do monitoramento do correio eletrônico pessoal e corporativo em ambiente trabalhista, delimitando-se até onde o poder diretivo do empregador pode interferir na esfera íntima e privada do empregado. Inaugura-se o presente trabalho mediante o estudo dos direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como da personalidade do empregado, referente a sua vida privada, intimidade e sigilo de correspondência, ambos instituídos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. Após, no segundo capítulo, promove-se o estudo do contrato de trabalho e suas formas de rescisão, conceitua-se empregado e empregador, tal como o poder diretivo deste último, sucedido por seus limites de aplicabilidade. Por fim, no terceiro capítulo analisa-se a diferenciação constituída entre os correios eletrônicos pessoais e corporativos, o conflito deles decorrente, as hipóteses de (i)legalidade quanto aos seus envios e recebimentos, concluindo-se pela análise jurisprudencial relacionada aos julgados inerentes à matéria ora debatida.

Palavras chave: E-mail. Pessoal. Corporativo. Intimidade. Monitoramento.

ABSTRACT

This monograph has as objective the study of monitoring personal and corporate e-mail in labor environment, delimiting far as the directive power of employer may interfere the intimate sphere and private employee. This work is inaugurated through the study of constitutional rights of human dignity and of the employee's personality, respect their privacy, intimacy and secrecy of correspondence, both established in the article 5, items X and XII, of the Constitution. In the second chapter, promotes the study employment and forms of termination, employee and employer-conceptualized as the directive power of the latter, succeeded by its limits of applicability. Finally, the third chapter analyzes the differentiation made between personal and corporate e-mails, their conflict result, the chances as to the legality or illegality of their shipments and receipts, concluding the jurisprudential analysis related to judged inherent matters discussed herein.

Keywords: E- mail . Personnel. Corporate. Intimacy. Monitoring.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CC - Código Civil

CP - Código Penal

TST - Tribunal Superior do Trabalho

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO	10
2.1 ORIGEM E TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	13
2.2.1 Direito à dignidade da pessoa humana	14
2.2.2 Direitos de personalidade no direito do trabalho	15
2.2.3 Direito à intimidade e à vida privada	18
2.2.4 Direito ao sigilo de correspondência	21
2.3 DAS POSSÍVEIS SANÇÕES APLICADAS À VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE.....	23
3 DO CONTRATO DE TRABALHO E DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR	26
3.1 CONCEITO DE EMPREGADO E EMPREGADOR	26
3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO	30
3.2.1 Formas de rescisão contratual	34
3.3 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.....	38
3.3.1 Limites ao poder diretivo do empregador	41
4 ESTUDO E DIFERENCIAÇÃO DOS CORREIOS ELETRÔNICOS PESSOAL E CORPORATIVO	43
4.1 DO CONFLITO ENTRE MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO PESSOAL E CORPORATIVO NO AMBIENTE DE TRABALHO	44
4.2 DA (I)LEGALIDADE DO MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO PESSOAL EM AMBIENTE DE TRABALHO.....	49
4.3 DA (I)LEGALIDADE DO MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO EM AMBIENTE DE TRABALHO	52
4.4 RESPONSABILIDADE INERENTE AO ENVIO E AO RECEBIMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO	56
4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	57
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que com o avanço tecnológico, as empresas em sua totalidade começaram a utilizar-se de meios auxiliares que ajudam a aumentar a sua lucratividade e o desempenho de seus subordinados, diminuindo o tempo despendido para a concretização de sua atividade fim.

Pode-se concluir que se encontra insculpido neste rol de aparatos facilitatórios da empresa a utilização do correio eletrônico, artifício aplicado para o envio e o recebimento de mensagens.

Há que se observar a existência de correios eletrônicos pessoais e corporativos, os quais se diferem entre si e acarretam conflitos no âmbito do direito do trabalho, uma vez que tal instrumento nem sempre produz resultados benéficos à empresa em função de sua má utilização pelos empregados, o que faz com que os empregadores necessitem monitorá-los.

Assim, importante se faz o estudo de até onde o poder diretivo do empregador pode atingir o direito à intimidade do empregado para realizar o monitoramento do correio eletrônico em ambiente trabalhista.

A presente monografia possui método bibliográfico, acrescido de análise jurisprudencial acerca do tema debatido, sendo separada em três capítulos.

No primeiro capítulo é abordado sobre a origem dos direitos fundamentais, bem como sobre os direitos da personalidade do empregado, incluindo-se os direitos à dignidade da pessoa humana, à personalidade, à vida privada, à intimidade, e ao sigilo de correspondência, já que estes proporcionam proteção à parte com menor capacidade arbitrária do contrato trabalhista, fazendo com que o empregador não utilize excessivamente de seu poder de direção a fim de prejudicar seu subordinado.

Após, realiza-se a análise do conceito de empregado e empregador, seguido da exposição das características do contrato de trabalho e suas formas de rescisão, procurando-se consignar o direito ao poder diretivo do empregador e os limites a ele aplicados.

Por fim, conclui-se o trabalho com a análise e a diferenciação entre os correios eletrônicos pessoais e corporativos, dirimindo-se o conflito existente entre a legalidade ou não da fiscalização do envio e do recebimento de e-mail em ambiente trabalhista, finalizando-se com um breve estudo jurisprudencial realizado entre os

anos de 2013 a 2015 no Tribunal Superior do Trabalho e no Tribunal Regional do Trabalho da primeira região.

2 DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO

Os direitos constitucionais são hierarquicamente dominantes quanto aos demais direitos normatizados, portanto, os primeiros devem ser alicerçados os últimos (NASCIMENTO, 2013, p. 413).

Assim é a característica do direito trabalhista, no sentido de que as relações de trabalho se encontram sustentadas e complementadas nos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais organizados pela Constituição da República de 1988 (NASCIMENTO, 2013, p. 414).

Nesse sentido, vale esclarecer a origem e a trajetória histórica dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição, no tocante aos seus principais aspectos, pois estes se tornaram essenciais à concessão de direitos e garantias fundamentais do trabalhador contemporâneo, no sentido de que eles possuem a função de resguardar o sujeito nas relações hierárquicas onde quem predomina é a parte economicamente mais forte (AVILA, 2011, p. 81).

2.1 ORIGEM E TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser definidos como os direitos humanos transcritos na forma da Lei, mais precisamente na Constituição Republicana de 1988, os quais protegem a população no que se refere às suas relações econômicas e sociais, bem como ao controle exacerbado do Estado (BARROS, 2013, p. 488).

Tais direitos e garantias fundamentais são resultados de progressos que nasceram por consequência da ausência de direitos humanos (BULOS, 2008, p. 409).

Na concepção de Uadi Lammêgo Bulos, os direitos fundamentais podem assim ser caracterizados:

"[...] conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive." (2008, p. 404).

No tocante ao contexto histórico, antes de serem reconhecidos, os direitos fundamentais passaram pela fase jusnaturalista, mediante progressos

revolucionários do século XVIII, momento em que a divindade perde espaço para a razão, bem como o homem caracteriza-se como iniciante independente da ordem política e social (THEODORO, 2002, p. 22/23).

Nessa fase os direitos humanos podem ser caracterizados como absolutos, imutáveis no tempo e aplicáveis a qualquer estrutura jurídica (THEODORO, 2002, p. 25).

No século XIII, mais precisamente na Inglaterra, houve o reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo, mediante *Magna Charta Libertatum*¹ estabelecida em 1215. Tal documento admitiu alguns direitos e liberdades civis, quais sejam, devido processo legal, *habeas corpus* e proteção à propriedade (THEODORO, 2002, p. 25).

Além disso, houve a positivação dos direitos fundamentais inerentes aos homens com as declarações de direitos Ingleses constituída no século XVII pela *Petition of Rights* (1628) e pela *Bill of Rights* (1689)², das quais foram originados os direitos de liberdade classificados em uma determinada liberdade de expressão pelo direito de petição, *habeas corpus*, veto de prisões injustificadas e princípio da legalidade penal (THEODORO, 2002, p. 26;).

Todavia, tais direitos humanos foram reconhecidos mais precisamente no século XVIII, apenas, por meio da positivação Constitucional (THEODORO, 2002, p. 21), e tiveram origem na filosofia clássica greco-romana, em função da convivência entre os homens e da concepção cristã, os quais ensejavam uma proteção especial ao homem por meio da construção do direito positivo, que tinha como objetivo reservar a dignidade, a igualdade e a liberdade da pessoa humana (THEODORO, 2002, p. 22; MENDES, 2008, p. 232).

O constitucionalismo dos direitos fundamentais obteve legado na Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, em 1789 (THEODORO, 2002, p. 26).

Assim, na medida em que as constituições são outorgadas, os direitos fundamentais são positivados e ganham maior força (THEODORO, 2002, p. 26),

¹ Documento de grande relevância à análise dos direitos humanos. Ele é um "pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses" (SARLET, 2012, p. 41).

² "*Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, (...) e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da assim denominada "Revolução Gloriosa", de 1688 (...) as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público" (SARLET, 2012, p. 42 e 43).

aliás, tais direitos alcançam grande importância quando da certificação de que o homem primeiramente possui direitos e, somente em seguida, possui deveres para com o Estado (MENDES, 2008, p. 232).

Com todo o exposto, vale salientar que é na Revolução Francesa, a qual utilizava como máxima os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que nascem os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, os quais progrediriam para quarta e quinta dimensão (LENZA, 2014, p. 1056).

Os direitos fundamentais de primeira geração surgiram no final do século XVII e compreendem os direitos aludidos nas Revoluções Americana e Francesa como produto do pensamento liberal-burguês. Foram os primeiros a serem positivados e visavam o crescimento dos direitos e garantias individuais e a restrição do poder do Estado por meio de sua obrigação de não interferir na vida particular do homem, a fim de garantir ao último direito à vida, liberdade de culto, reunião e expressão, inviolabilidade de domicílio, dentre outros (BULOS, 2008, p. 406; MENDES, 2008, p. 233; LENZA, 2014, p. 1056).

A segunda geração dos direitos fundamentais, mais conhecida por direitos sociais, eclodiu a partir do século XIX, em seguida à Primeira Grande Guerra Mundial, por meio de pretensões trabalhistas e normas de assistência social. Aqui se encontram os direitos sociais e coletivos relacionados ao trabalho que têm por objetivo proporcionar igualdade e bem-estar para todos, fazendo com que o Estado atue positivamente para assegurar os direitos à saúde, educação, trabalho, etc. (BULOS, 2008, p. 406; MENDES, 2008, p. 233; LENZA, 2014, p. 1057).

Na terceira geração a comunidade internacional está vivendo um grande desenvolvimento tecnológico e científico, então nasce a necessidade de preservação da natureza e de proteção ao consumidor, no tocante ao direito da população ao desenvolvimento. Os ordenamentos Constitucionais do Chile, da Coreia e do Brasil, portanto, começam a abranger os direitos transindividuais de fraternidade e solidariedade referentes aos direitos difusos ou coletivos em geral, buscando proteção ao humanismo, defendendo a coletividade, via proporcionalização do direito ao desenvolvimento, paz, conservação do patrimônio público, comunicação, entre outros (BULOS, 2008, p. 406; MENDES, 2008, p. 234; LENZA, 2014, p. 1058).

Os direitos fundamentais de quarta geração são mais conhecidos como direito dos povos, pois estatui mudanças nas atitudes humanas com a

universalização política dos direitos fundamentais à democracia, conhecimento e pluralismo. Tais direitos visam a não manipulação genética advinda dos progressos no âmbito da engenharia genética, referentes a pesquisas biológicas que atualmente estão colocando em risco a vida dos homens (BULOS, 2008, p. 406; LENZA, 2014, p. 1058).

Quanto aos direitos fundamentais de quinta geração, estes fazem referência à paz já anteriormente categorizado como de terceira geração, todavia, nesta instância o direito supracitado é visado como uma idealização da democracia participativa ou ápice do direito da humanidade (LENZA, 2014, p. 1059).

No final do século XIX, Jellinek criou a Teoria do *Status* que tinha como fundamento explicar a performance horizontal dos direitos fundamentais aqui debatidos, no sentido de que nas relações privadas, como a de empregado e empregador, devem ser tratadas com igualdade de condições, isonomicamente (LENZA, 2014, p. 1062/1064).

O entendimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais instituídos pela Constituição ganha força com seu emprego imediato nas relações privadas, como, por exemplo, nas relações empregatícias (LENZA, 2014, p. 1066).

O presente trabalho tem como objetivo a análise dos direitos fundamentais de segunda geração, os quais defendem que o Estado deve agir ativamente para proporcionar direitos aos trabalhadores em geral, fazendo a interface com o direito do trabalho.

Tais direitos podem ser classificados como garantias fundamentais gerais que bloqueiam os excessos de poder, os quais são tipificados no artigo 5º, da nossa Constituição Federal de 1988, e abrangem os direitos individuais e coletivos (BULOS, 2008, p. 408/409).

2.2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são considerados como alicerce de todos os ideais constitucionais e encontram sustentáculo não apenas na proteção quanto ao direito público, mas também quanto aos particulares frente as deliberações privadas (MEDINA, 2013, p. 57 e 60).

Nesse sentido: “A doutrina distingue direitos e garantias fundamentais: os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma; as garantias, meios adequados a proteger e realizar concretamente tais direitos” (MEDINA, 2013, p. 58).

No plano trabalhista, os direitos dos empregados estão relacionados aos direitos fundamentais da dignidade humana (BARROS, 2013, p. 488).

Nesse sentido, os artigos 5º e 7º, da Carta Magna, nos quais se encontram insculpidos direitos e garantias fundamentais das relações empregatícias, ganham cada vez mais suporte nas decisões dos Tribunais do Estado democrático de direito brasileiro, uma vez que tais decisões respeitam os direitos à personalidade, intimidade, vida privada, liberdade, dignidade da pessoa humana (BARROS, 2013, p. 492/493).

Todavia, vale salientar que as garantias constitucionais fundamentais não são absolutas, conforme entendimento do Ministro Celso de Melo citado por Pedro Lenza, o qual afirma que “[...] nenhum direito e garantia fundamental é absoluto, devendo, na hipótese de colisão, ser feito juízo de ponderação” (2014, p. 1089).

É corriqueira a existência de conflitos entre a prática dos direitos fundamentais e os demais direitos amparados constitucionalmente. Diante deste contexto, necessário é a utilização do princípio da proporcionalidade, que deve cumprir com alguns pressupostos, quais sejam: emprego do meio adequado para que seja alcançada a pretensão desejada e a imprescindibilidade do direito concedido, utilizando-se do meio menos cruel às partes. (DEXHEIMER, 2012, p. 4, 7/8).

Um exemplo da utilização do princípio da proporcionalidade é nos casos do direito à intimidade no âmbito trabalhista, o qual é sujeito a limitação em inúmeras circunstâncias (DEXHEIMER, 2012, p. 9).

Por fim, torna-se apto complementar que os direitos fundamentais não são passíveis de abdicação total, somente de restrições parciais, desde que tais restrições não transgridam a dignidade da pessoa humana (MENDES, 2008, p. 381).

2.2.1 Direito à dignidade da pessoa humana

O Brasil é um Estado democrático de direito que tem como fundamento o direito à dignidade da pessoa humana, conforme institui o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988³ (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 104).

Este direito não permite ser conceituado, em que pese seja entendido como solução aos problemas normativos existentes na atualidade (SILVA NETO, 1983, p. 253).

Na visão de Manoel Jorge e Silva Neto:

"Sendo a dignidade da pessoa humana o valor frente de todos os outros valores constitucionalmente postos, deve ser utilizada como balizamento para eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, ou mesmo para conformar o comportamento para quem quer que esteja, no caso concreto, ofendendo o Princípio Fundamental em questão" (1983, p. 253).

Vale ressaltar que é direito de todos possuir dignidade, podendo esta ser caracterizada como pessoal e própria, no sentido de que o ser pessoal possui preferência quando ao ter no sentido econômico, o que oferece às pessoas de direito independência moral e até intelectual (MEDINA, 2013, p. 38).

Conforme o entendimento de José Miguel Garcia Medina, os direitos humanos podem ser considerados como princípio de anuência universal, e por serem delimitados como direitos fundamentais, são um suporte pelo qual as normas devem ser guiadas, assegurando "condições existenciais mínimas para uma vida saudável" às pessoas. Todavia, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser considerado como absoluto (2013, p. 39).

Os direitos elencados nos artigos 5º e 6º da nossa Constituição Federal de 1988 tomam por base o princípio da dignidade da pessoa humana, englobando em si o direito do trabalho aqui debatido (MEDINA, 2013, p. 39).

A área de execução do direito à dignidade é atribuída aos direitos de personalidade e à tutela dos danos morais (NASCIMENTO, 2013, p. 478).

2.2.2 Direitos de personalidade no direito do trabalho

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana;

O direito à personalidade no âmbito trabalhista possui natureza extrapatrimonial, e visa proteger a dignidade dos indivíduos no tocante a sua essência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 183).

Destaca Amauri Mascaro Nascimento:

"Os direitos de personalidade, que são prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, pois implicam um dever geral de abstenção para sua defesa e salvaguarda, sendo indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária" (2013, p. 747).

São direitos primordiais de personalidade: os direitos à liberdade, à imagem, à honra, à privacidade, à intimidade, entre outros. (NASCIMENTO, 2013, p. 747), os quais, conforme entendimento de Gierke citado por Alexandre Ferreira de Assumpção Alves: "são os que asseguram ao sujeito o domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade" (1998, p. 61).

O Código Civil trata entre seus artigos 11 e 21 sobre os direitos de personalidade e os vê como intransmissíveis e irrenunciáveis, assim, a ofensa ao direito citado acarreta perdas e danos (BARROS, 2013, p. 493).

Tais direitos são tratados na nossa Constituição Federal de 1988, quando institucionalizados os direitos e garantias fundamentais, os quais asseguram:

"uma convivência digna, com liberdade e igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver" (TARTUCE, 2014, p. 86).

Nesse sentido, observa-se que, desde que não contradiga as normas trabalhistas, se pode utilizar no direito do trabalho o Código Civil e demais direitos comuns como fontes subsidiárias, conforme estatui o artigo 8º, parágrafo único, da CLT (NASCIMENTO, 2013, p. 751).

Em síntese, conforme se extrai dos conceitos doutrinários trazidos por Flávio Tartuce, os direitos de personalidade podem ser considerados direitos subjetivos de cada ser humano de proteger o que lhe pertence, no que tange aos seus valores essenciais, quais sejam, morais, físicos e intelectuais (2014, p. 67/68).

Conclui-se, portanto, que o direito de personalidade é aquele instituído no inciso III, art. 1º, da Constituição Federal de 1988, qual seja, da “dignidade da pessoa humana” (TARTUCE, 2014, p. 88).

Para Sílvio de Salvo Venosa, os direitos de personalidade podem assim ser atribuídos:

"a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis; c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos *erga omnes*. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada" (VENOSA, 2002, p. 150).

Relacionado ao direito de personalidade está o direito à intimidade, no sentido de que a vida individual de cada ser humano não pode ser violada (TARTUCE, 2014, p. 88/89), conforme se extrai do art. 5º, inciso X, da CF/88, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014a).

Tais direitos de personalidade podem ser considerados, conforme já transcrito acima, “intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios” (TARTUCE, 2014, p. 88), além disso, de acordo com preceituação de Cesar Peluso, “absolutos, extrapatrimoniais e perpétuos” (2013, p. 28).

Conforme se extrai do art. 20, do Código Civil, a integridade moral referida no citado artigo como honra, boa fama e respeitabilidade podem ser relacionadas ao direito à intimidade da pessoa humana, dos quais, caso haja transgressão, motiva indenização (PELUSO, 2013, p. 39). Assim também é o determinado no art. 12, do mesmo diploma legal, quanto ao abrigo dos direitos de personalidade, no sentido de que "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei" (BRASIL, 2014b).

Todavia, tal direito à personalidade pode ser revogado, como no caso em que uma pessoa permita que determinados fatos considerados íntimos, da vida

privada, sejam publicados, o que torna um direito que por regra é irrevogável, revogável (PELUSO, 2013, p. 39).

No mesmo sentido do artigo supracitado é o artigo 21, do Código Civil, o qual garante o direito à intimidade, conforme delibera o art. 5º, inciso X, da CF/88, pois estabelece que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2014a). Assim, é proibida a interferência à privacidade da vida alheia (PELUSO, 2013, p. 41).

Também faz referência ao art. 5º, inciso X, da CF/88, o art. 17, do Código Civil⁴, pois, objetiva a imunidade do direito à intimidade e à vida privada no sentido de que ninguém pode utilizar de nome alheio em publicações ou reproduções que sujeite terceiro a ridículo (PELUSO, 2013, p. 35).

O art. 483, da CLT, garante aos empregados dar por rescindido o contrato trabalhista e a sua devida indenização nos casos em que o empregador ou pessoa por ele subordinada praticar feito danoso contra sua honra e boa fama ou de sua família (NASCIMENTO, 2013, p. 751).

Por fim, pode-se concluir que os direitos de personalidade podem ser adotados não apenas em face aos empregadores, mas também face aos empregados, no sentido de que a empresa empregadora tem o dever de velar pela não violação dos direitos de personalidade de seu empregado (NASCIMENTO, 2013, p. 751/752).

2.2.3 Direito à intimidade e à vida privada

É garantido o direito à intimidade e à vida privada no artigo 5º, inciso X, do nosso texto Constitucional de 1988, os quais são característicos do homem e atuam com a finalidade de impor limites às excessivas intervenções ilícitas à vida pessoal do ser humano por meio de sanção relativa ao pagamento de dano moral e material sofrido em função da violação de tais direitos (BULOS, 2008, p. 431).

O inciso supracitado alude tanto pessoa física quanto jurídica, no sentido de protegê-las dos meios de exposição da vida íntima alheia em bloco, quais sejam, correios eletrônicos, televisão, internet, jornais, etc. (MORAES, 2011, p. 57).

⁴ Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Consta também no art. 11, § 2º, do Pacto São José da Costa Rica⁵⁵ que nenhuma pessoa pode ter sua vida privada, sua família, seu domicílio, sua correspondência, ou até mesmo sua fama abusivamente atingida por terceiro (DEXHEIMER, 2012, p. 10).

Nesse sentido é o entendimento de Alice Monteiro de Barros:

"O direito à intimidade nos protege da ingerência dos sentidos dos outros, principalmente dos olhos e dos ouvidos de terceiro. A tutela dirige-se contra as intromissões ilegítimas. Seu conceito é mais restrito do que o direito à privacidade, sendo ambos consagrados em preceito constitucional (art. 5º, X)" (2008, p. 635 e 636).

O direito à intimidade e à vida privada da pessoa equipara-se ao ato de considerar que o homem possui uma vida privada, a qual não deve ser invadida por terceiros, no montante a dar espaço para acarretar dano sem fundamento à dignidade da pessoa humana corrompida intimamente, conforme se extrai do art. 1º, inciso III, da CF/88 (NASCIMENTO, 2013, p. 781; MORAES, 2011, p. 58).

Com o avanço tecnológico, a vida privada vem sendo coagida pela facilidade informática de acesso a diversos campos da vida alheia (DEXHEIMER, 2012, p. 10), um exemplo disso é o ato do empregador de inspecionar ilimitadamente e impropriamente seu empregado sobre a explicação de conquistar provas a seu favor (NASCIMENTO, 2013, p. 781; MORAES, 2011, p. 58).

É o pensamento de Antônio Magalhães Gomes Filho:

"As intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões" (1997, p. 128)

Os correios eletrônicos, os aparelhos de escuta telefônica, as câmeras, os gravadores geraram um aumento de informações e comunicações por meio da Revolução Tecnológica, os quais de um jeito ou de outro fizeram com que os direitos e garantias de intimidade e vida privada dos trabalhadores fossem descumpridos, sendo que o poder de fiscalização do empregador é limitado, serve apenas para fins

⁵⁵ Artigo 11 (...)

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

de observar a produtividade de seus subordinados (NASCIMENTO, 2013, p. 782/783).

Manoel Jorge e Silva Neto conceituam intimidade e vida privada, esclarecendo que:

"[...] a primeira corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, até mesmo desconhecidos do tecido familiar, ao passo que a última está assentada na proteção do que acontece no seio das relações familiares; proteção destinada a que se preserve no anonimato o quanto ali ocorre [...]" (2001, p. 113).

Nos dias atuais, a violação do direito à intimidade e à vida privada se tornou frequente, tanto que constantemente encontramos na jurisprudência casos em que empregadores ofendem a intimidade de seus subordinados, todavia, as pessoas têm o direito de manter protegida sua intimidade, inclusive mediante seus empregadores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 218/219; BARROS, 2013, p. 506).

A não aceitação da intimidade do empregado gera a desobediência ao direito a vida privada. Nesse sentido, o empregado e o empregador não podem revelar seus conhecimentos referentes a intimidade e vida privada um do outro, no que tange a vida familiar, sentimental, religiosa e material. E, ainda, o empregador não pode reivindicar o fornecimento de dados referentes à vida privada de seu candidato a empregado, ou, até mesmo de seu empregado já contratado, exceto quando estritamente necessário a obtenção dessas informações em função da natureza do trabalho a ser laborado (NASCIMENTO, 2013, p. 781/782).

Os direitos do empregado restringem o poder de direção do empregador, no sentido de que o segundo se origina do direito de propriedade e não é absoluto, pois é limitado pelo direito à intimidade do primeiro (MEDINA, 2013, p. 93).

No tocante ao correio eletrônico, é vedado ao empregador, quando autorizado por ele a utilização do correio eletrônico com o intuito particular, divulgar a matéria debatida intimamente por meio de e-mail (NASCIMENTO, 2013, p. 782).

Cumprido concluir que nenhum comportamento praticado pelo empregador pode exceder os seus limites do poder de direção (BARROS, 2013, p. 506), os quais encontram-se insculpidos no art. 2º, da CLT, *in verbis*: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço" (BRASIL, 2014c).

O entendimento aqui exposto não é no sentido de que o empregado não pode suportar nenhum ato que atente à sua intimidade por parte do empregador, todavia, deve-se levar em consideração que ação alguma do empregador pode intentar contra a dignidade do empregado (BARROS, 2013, p. 507).

Acrescenta Alice Monteiro de Barros:

"Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado" (2013, p. 507).

Assim, não se torna aceitável o ato do empregador de investigar sobre determinados assuntos da vida pessoal de seu subordinado, sem que tais assuntos possuam relevância na atividade por ele exercida (BARROS, 2013, p. 508).

Vale ressaltar que não há ordem de subordinação entre os direitos do empregado e do empregador, deve-se observar o princípio da proporcionalidade a fim de que sejam efetivadas as importâncias defendidas (MEDINA, 2013, p. 93), no sentido de que:

"[...] Na hipótese, a propriedade e o poder diretivo do empregador *versus* o direito à intimidade, ao sigilo de correspondência, à dignidade da pessoa humana, encontra parâmetro no princípio da proporcionalidade, que nos chama a indagar se houve a adequação da medida tomada pela reclamada para apropriar-se do computador de sua propriedade, que encontrava-se mediante comodato, sob guarda e responsabilidade de empregador. A resposta nos parece óbvia, houve excesso por parte do empregador, agiu com abuso de direito, não respeitando o bem jurídico 'trabalho', a função social da propriedade, a função social do contrato do trabalho, dentre outros valores contemplados pela Constituição Federal de 1988. O dano moral é visível" (TST, AIRR 18324061200350500021, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2.^a T., j. 05/09/2012).

Por fim, não se pode olvidar que a observação e a obediência aos direitos à intimidade e à privacidade do empregado devem ser confrontados com o poder diretivo do empregador, não podendo ser aceito, no caso, a total aplicabilidade de somente um dos direitos supracitados (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 524).

2.2.4 Direito ao sigilo de correspondência

A garantia do sigilo das comunicações abarca tecnologias modernas e assegura o direito constitucional da intimidade da pessoa humana quanto aos mais novos e diversos meios de comunicação existentes (DEXHEIMER, 2012, p. 11), conforme se extrai do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

"[...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (BRASIL, 2014a).

É reprimida a ciência ilegal, por parte de terceiros, de correspondências ou das demais comunicações existentes, isso porque, a Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do sigilo da correspondência, que deve ser associada aos direitos "de intimidade, honra e dignidade humanas", e garante ao indivíduo exclusividade de identidade perante os perigos advindos das pressões sofridas cotidianamente (MORAES, 2014, p. 60/61 e 72).

Dentre os tipos de correspondência, podem-se levar em consideração as recebidas eletronicamente, pois este é o atual modelo de recebimento e envio de dados (MORAES, 2014, p. 61). Quanto ao referido modelo, este pode ser utilizado em sistema de intranet e de internet, sendo o primeiro aquele limitado ao âmbito empresarial (DEXHEIMER, 2012, p. 13).

São aplicados limites ao poder do empregador de fiscalizar os correios eletrônicos recebidos por seus empregados, nos termos do contrato de trabalho feito para com o empregado, no sentido de que uma vez havendo proibição do uso dos equipamentos de computador de propriedade da empresa para fins pessoais, estes podem ser fiscalizados, e nesta determinação podem ser abrangidos os correios eletrônicos da empresa (MEDINA, 2013, p. 93).

Quanto ao supracitado, observamos que o empregador deve cumprir com o determinado no contrato de trabalho, repetindo, acima de tudo, a pessoa do trabalhador "como pessoa digna e merecedora de ter seus direitos personalíssimos irrenunciáveis e inalienáveis, integralmente resguardados pelo Estado Democrático de Direito" (MEDINA, 2013, p. 93).

Nesse sentido, o poder diretivo do empregador encontra-se limitado pelo direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência aqui debatido, pois o poder diretivo citado não é pleno (MEDINA, 2013, p. 93).

2.3 DAS POSSÍVEIS SANÇÕES APLICADAS À VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE

No Estado Brasileiro é considerado ato ilícito a violação à correspondência, nas esferas criminal e cível (LEAL JÚNIOR et al., 2007, p. 72).

No tocante ao direito de recebimento de danos morais e materiais, a nossa Constituição de 1988 defende o direito de personalidade do empregado frente ao poder do empregador e as relações jurídicas a eles relacionadas (DELGADO, 2014, p. 731).

Encontra-se insculpido na Constituição da República, em seu art. 114, inciso VI, a atribuição da Justiça do Trabalho para processar e julgar processos derivados da relação de trabalho concernentes à indenização de danos morais (BARROS, 2013, p. 514).

É cabível indenização por danos morais nos casos em que sobrevém, "[...] em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa [...]" (MORAES, 2014, p. 51).

Como ocorrem muitos descumprimentos ao direito de personalidade do empregado, no que tange ao vínculo empregatício, surge o direito ao recebimento de compensação de danos morais e até materiais insculpidos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (BARROS, 2013, p. 513; DELGADO, 2014, p. 732).

Um exemplo de descumprimento ao direito de personalidade supracitado é a postura dos empregadores ao realizarem o "controle de uso de equipamentos eletrônicos e de informática, inclusive acesso à internet" (BARROS, 2013, p. 513; DELGADO, 2014, p. 732).

Alice Monteiro de Barros caracteriza danos materiais e morais, no sentido de que o primeiro importa prejuízo aos danos materiais de determinada pessoa, já o segundo implica no descumprimento ao direito de personalidade (2013, p. 511).

Todavia, o conceito de danos morais mostra-se controverso, conforme se extrai do pensamento de Alice Monteiro de Barros, *in verbis*:

"De acordo com a primeira linha de pensamento, o dano moral é "todo detrimento que não possa ser considerado como dano patrimonial" [...] Uma segunda posição sustenta que o dano moral se determina pela índole extrapatrimonial do direito lesado [...] o conceito segundo o qual o dano moral é o "que se inflige ao violar-se alguns dos direitos da personalidade".

Há também os que asseveram que "o dano moral consiste em uma lesão a um interesse de caráter extrapatrimonial, pressuposto de um direito" (2013, p. 512).

Assim, o dano moral pode ser compreendido como ato ilícito praticado por alguém capaz de menosprezar outrem, atingindo seu direito de personalidade, ou, ainda, princípios de valores morais, como de igualdade e liberdade, causando um dano legítimo, e não apenas um desagrado trivial (BARROS, 2013, p. 513 e 517).

Para que o dano moral seja caracterizado, deve-se levar em consideração:

"[...] a gravidade da falta; a intensidade da repercussão da ofensa; a condição social da vítima; a sua personalidade e a do ofensor; a possibilidade de superação física ou psicológica da lesão, bem como o comportamento do ofensor após o fato, entre outros fatores" (BARROS, 2013, p. 518).

Não há parâmetro legalmente determinado para quantificar por certo a indenização equivalente ao dano moral sofrido, em função de que a ofensa psicológica se diferencia de uma pessoa para a outra (BARROS, 2013, p. 518).

Porém, sabe-se que agindo o empregador com desobediência ao direito de personalidade do empregado, quanto a intimidade e a privacidade do mesmo, é caracterizado o dano moral e, portanto, a indenização é a medida correta a ser imposta, conforme preconiza os artigos 5º, inciso X, da CF; 11⁶ e 186⁷, do CC) (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 524).

Por outro lado, a violação do direito à intimidade também repercute no âmbito penal, quanto aos crimes de divulgação de segredo decorrente de documento ou correspondência essencialmente particular (art. 153, do CP⁸), violação de segredo do qual possui conhecimento por meio de cargo profissional (art. 154, do CP⁹), violação à liberdade de contratar (198, do CP¹⁰) (AVILA, 2011, p. 50).

⁶ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸ Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

⁹ Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Ainda, pode responder criminalmente o empregado, também, quando este não cumpre com seus deveres e obrigações constituídos por meio de contrato trabalhista, pelo delimitado no instrumento interno da empresa e, por fim, pelo pactuado em negociação coletiva, conforme dispõe o artigo 152 do CP¹¹, bem como, o artigo 41, da Lei n. 6.538 de 1978¹² (CARNEIRO, 2007, p. 11).

Ademais, caso o empregador visualize os e-mails enviados e recebidos por seus funcionários, pode ele responder também pelo incurso do art. 151, do CP¹³, uma vez que tal correspondência a ele não era dirigida (MANTOVANI JÚNIOR; SILVA, 2009, p. 238).

Em que pese todo o decorrido, cabe ainda analisar até que ponto o empregador, respeitado seu poder diretivo, não violará o direito à intimidade do empregado no momento da fiscalização do uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho, evadindo-se de eventuais condenações ao pagamento de indenizações por danos morais.

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

¹⁰ Art. 198 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

¹¹ Art. 152 - Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo:

Pena - detenção, de três meses a dois anos.

¹² Art. 41 - Violar segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo da correspondência mediante:

I - divulgação de nomes de pessoas que mantenham, entre si, correspondência;

II - divulgação, no todo ou em parte, de assunto ou texto de correspondência de que, em razão ao ofício, se tenha conhecimento;

III - revelação do nome de assinante de caixa postal ou o número desta, quando houver pedido em contrario do usuário;

IV - revelação do modo pelo qual ou do local especial em que qualquer pessoa recebe correspondência ;

Pena: detenção de três meses a um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa.

¹³ Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

3 DO CONTRATO DE TRABALHO E DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

O contrato de trabalho é bilateral, portanto, possuem direitos e deveres mútuos entre as partes pactuantes, empregado e empregador (GARCIA, 2013, p.167).

Referente a tais deveres, pode-se declarar, por exemplo, o dever do empregado de prestar serviço, obedecer às ordens lícitas feitas pelo seu contratante e agir com honestidade, dedicação, lealdade para com o empregador, devendo este último remunerar o trabalhador, disponibilizar o fornecimento de trabalho ao empregado contratado e agir com probidade (GARCIA, 2013, p. 167,168).

Antes de entrar especificamente dentro da matéria debatida, oportuno contextualizar o entendimento de empregado e empregador, os aspectos gerais do contrato de trabalho e as formas de rescisão contratual para, após, sistematizar sobre o poder diretivo do empregador e seus limites.

3.1 CONCEITO DE EMPREGADO E EMPREGADOR

Do emprego se exprime os sujeitos empregado e empregador, sendo o primeiro pessoa fornecedora de serviços ao segundo (GARCIA, 2013, p. 229).

Tais serviços podem possuir natureza "técnica, intelectual ou manual" relacionada às diferentes classes profissionais (BARROS, 2013, p. 207).

Conforme se extrai do art. 3º, da CLT¹⁴, empregado pode ser considerado aquele que realiza pessoalmente atividade de modo habitual a empregador, sob subordinação deste, mediante remuneração salarial (CARRION, 2014, p. 42).

Assim é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado, o qual declara que "empregado é toda a pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação" (2014, p. 366).

Aliás, conforme ensina Sérgio Pinto Martins, cabe aqui destacar os requisitos referentes à categoria dos empregados, quais sejam: 1) empregado deve ser pessoa física, nunca pessoa jurídica, pois esta é a única tutelada pelas leis trabalhistas; 2) a prestação de serviços pelo trabalhador deve ser contínua, não

¹⁴ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

eventual, habitual e periódica; 3) o trabalhador deve ser subordinado, dependente do empregador economicamente, tecnicamente e juridicamente, no sentido do primeiro ser hierarquicamente administrado pelo último mediante celebração de contrato trabalhista, no qual o trabalhador se submete a ser comandado por seu superior, em decorrência do poder diretivo deste; 4) o contrato trabalhista deve ser oneroso, com salário estipulado ou pago; 5) por fim, a relação empregatícia deve ser personalíssima, assim, pode-se afirmar que o contrato trabalhista, quanto a pessoa do empregado, é *intuitu personae*. (2014, p. 60/61).

Conclui o autor supracitado que "empregado é, portanto, a pessoa física que presta serviços de natureza contínua a empregador, pessoalmente, sob subordinação e mediante pagamento de salário" (MARTINS, 2014, p. 61).

Tais pressupostos dos empregados são essenciais à relação trabalhista, pois, uma vez inexistindo um requisito citado sequer, esta relação não será mais conduzida pelas normas trabalhistas (BARROS, 2013, p. 207).

O direito do trabalho garante aos empregados proteções e vantagens frente aos empregadores, como direito à dignidade e valorização da atividade empregatícia, do bem-estar social, entre outros (DELGADO, 2014, p. 368/369).

Por outro lado, o empregador pode ser considerado aquele que contrata, paga as verbas trabalhistas e coordena o fornecimento pessoal de serviços, assumindo, assim, os perigos advindos da atividade econômica (CARRION, 2014, p. 34).

Na classe dos empregadores pode estar inserida a pessoa física, a jurídica ou o ente não personificado, dono de empresa ou estabelecimento, tomador de serviços, que faz a contratação de empregados (DELGADO, 2014, p. 416).

A Consolidação das leis trabalhistas conceitua empregador em seu art. 2º, o qual institui:

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

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

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de

emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas." (BRASIL, 2014c).

A classificação do empregador como empresa, conforme expresso no artigo exposto acima é explicada pelo fato de que o empregador deve ser despersonalizado, no sentido de que se o titular da empresa a vende para terceiro, o contrato continua fluindo normalmente porque o que se deve levar em consideração é a empresa em si (DELGADO, 2014, p. 417).

Aqui, vale salientar que há divergência doutrinária quanto ao entendimento de que a empresa é o sujeito do vínculo laboral, no sentido de que a empresa é o objeto, ou seja, atividade econômica definida e não pode ser considerada como a pessoa do empregador. Todavia, conforme o consolidado na legislação, empregador é a empresa (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 308 e 310).

A pessoa do empregador pode ser identificada pela comprovação de produção de trabalho habitual advinda de empregado em seu estabelecimento (DELGADO, 2014, p. 417). Além do mais, empregador será "todo ente para quem uma pessoa física prestar, com pessoalidade, serviços continuados, subordinados e assalariados" (NASCIMENTO, 2013, p. 686).

Para que se defina a pessoa do empregador, como aquele que se apresenta no polo passivo da relação empregatícia e percebe serviços praticados por empregado, deve-se levar em consideração alguns pressupostos fático-jurídicos, quais sejam, a sua despersonalização e responsabilização por riscos advindos da empresa e dos serviços contratados por ela (DELGADO, 2014, p. 417/418).

Quanto à despersonalização pode-se concluir que o empregador é figura irrelevante no contrato trabalhista e, como sujeito passivo, pode ser modificado sem que provoque qualquer prejuízo à figura do empregado, pois o referido contrato permanece idêntico com o novo titular (DELGADO, 2014, p. 418).

Os artigos 10 e 448, da CLT, defendem o direito dos trabalhadores de não serem modificados seus direitos conquistados dentro da empresa, bem como seus contratos de trabalho frente a alteração do empregador, *in verbis*: "qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados" e, ainda, "a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados" (MARTINS, 2014, p. 76).

Nesse sentido, o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia, levando em consideração os artigos supracitados afirmou que altivamente da realização de alterações na titularidade ou na propriedade da empresa, empregador é considerado a empresa (GARCIA, 2013, p. 300). E, ainda, continua:

"[...] o empregador não é propriamente o dono ou titular do empreendimento empresarial, nem a forma empresarial adotada, mas a empresa em si, o que favorece a concretização do princípio da continuidade do contrato de trabalho, pois eventuais alterações da referida titularidade, bem como da composição societária, não afetam a relação jurídica de emprego [...]" (GARCIA, 2013, p. 317).

A denominação de empresa expressa no art. 2º, da CLT, já exposto neste trabalho monográfico, nasce no sentido de dar ênfase à característica do empregador de ser impessoal, tal característica possui alguns efeitos consideráveis, quais sejam:

"De um lado, permitir a viabilização concreta do princípio da continuidade da relação empregatícia, impedindo que ela se rompa em função da simples substituição do titular do empreendimento empresarial em que se encontra inserido o empregado. De outro lado, harmonizar a rigidez com que o Direito Individual do Trabalho trata as alterações objetivas do contrato empregatício (vedando alterações prejudiciais ao empregado) com o dinamismo próprio ao sistema econômico contemporâneo, em que se sobreleva em ritmo incessante de modificações empresariais e interempresariais" (DELGADO, 2014, p. 418).

Quanto à característica do empregador de assumir riscos, esta pode ser explicada por ter o empregador a exclusiva responsabilidade "da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução" (DELGADO, 2014, p. 419).

Há divergência doutrinária quanto a característica de responsabilização de riscos pelo empregador no sentido de que os riscos somente são de responsabilidade dos empregadores que pratiquem atividade econômica com fins lucrativos, excluindo-se deste rol as instituições de beneficência e as associações recreativas (DELGADO, 2014, p. 420).

Todavia, pode-se declarar, conforme expõe Mauricio Godinho Delgado, que:

"a regra da assunção dos riscos pelo empregador leva a que não se autorize distribuição de prejuízos ou perdas aos empregados, ainda que

verificados reais prejuízos e perdas no âmbito do empreendimento dirigido pelo respectivo empregador" (2014, p. 420/421).

Por fim, vale concluir que empregador é aquele que dá acesso ao trabalhador na empresa, contrata seus serviços mediante pagamento de salário, assume o risco da atividade econômica, é despersonalizado e comanda as atividades laborais exercidas pelo empregado por possuir poder de direção frente a ele (MARTINS, 2014, p. 72).

3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO

O artigo 442, da CLT¹⁵, conceitua o contrato de trabalho individual, no sentido de ser este realizado por acordo relacionado à relação empregatícia, podendo ser aplicado tácita ou expressamente (CARRION, 2014, p. 347).

O contrato de trabalho é um pacto jurídico que pode ser enxergado como um acordo de vontades executado pelas partes, trabalhador e empregador, sobre exigências trabalhistas recíprocas (MARTINS, 2014, p. 49).

É assim o entendimento de Mauricio Godinho Delgado, o qual afirma que:

"(...) define-se o contrato de trabalho como o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços. Também pode ser definido o contrato empregatício como o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem (...)" (2014, p. 521).

Vale destacar que o contrato de trabalho pode ser caracterizado como: "bilateral, consensual, oneroso, comutativo e de trato sucessivo" (MARTINS, 2014, p. 52).

O contrato é bilateral, visto que abrange obrigações recíprocas de empregado versus empregador, podendo, assim, ser considerado *sinagmático* (GARCIA, 2013, p. 146).

Contrato de trabalho *sinagmático* é aquele que decorre de obrigações recíprocas e possibilita equilíbrio entre o pagamento oneroso mútuo realizado através de empregado e empregador (DELGADO, 2014, p. 525).

¹⁵ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Aliás, classifica-se o contrato como sendo consensual, oportunamente podendo ser tácito ou expresso formalmente (DELGADO, 2014, p. 525). Assim, a característica consensual do contrato extrai-se da concordância que as partes contratante e contratada chegam para que o contrato trabalhista apresente a vontade de ambos (GARCIA, 2013, p. 146).

O aspecto oneroso do contrato aqui debatido advém do direito que o trabalhador tem de receber prestação pecuniária pelo serviço prestado (GARCIA, 2013, p. 146).

Nesse sentido é o entendimento de Sergio Pinto Martins, o qual declara que "o contrato de trabalho não é gratuito, mas oneroso, pois o serviço prestado pelo empregado deve ser remunerado. Se o empregado presta serviço gratuitamente por vários meses ou anos, não há contrato de trabalho" (2014, p. 52).

Declarar o contrato de trabalho como comutativo é concluir que as prestações monetárias e trabalhistas são proporcionais e conhecidas desde o ato contratual (GARCIA, 2013, p. 146).

Por fim, o contrato deve ser de trato sucessivo, ou seja, a prestação de serviços precisa ser contínua no tempo, isso porque o pacto trabalhista não termina com apenas uma prestação de serviço (MARTINS, 2014, p. 52).

Assim, o contrato de trabalho, para subsistir, necessita obter as seguintes características:

"a) Manifestação de vontade de forma hígida, por meio de declaração bilateral de vontade, significando o consenso, que pode ser expresso ou tácito. b) Partes (agentes) capazes e legítimas, no caso, quanto ao empregado e ao empregador" (GARCIA, 2013, p. 147).

Aliás, conforme entendimento de Sergio Pinto Martins, os requisitos essenciais a existência do contrato de trabalho, são: "(a) continuidade; (b) subordinação; (c) onerosidade; (d) pessoalidade; (e) alteridade" (MARTINS, 2014, p. 51). Além desses requisitos, Gustavo Filipe Barbosa Garcia acrescenta a necessidade de que os serviços sejam prestados por pessoa física (2013, p. 143).

Importante se faz a explicação de cada requisito, iniciando pelo da pessoa física no sentido de que o direito do trabalho só garante proteção quanto ao direito a dignidade do empregado no vínculo laboral se este for pessoa natural/ física (GARCIA, 2013, p. 143).

Referente ao requisito da continuidade, o contrato de trabalho deve ser habitual, não eventual, com o sucessivo fornecimento de serviços decorrente do acordo recíproco realizado entre empregado e empregador (MARTINS, 2014, p. 51).

A subordinação pode ser explicada pelo fato do empregado ter seus serviços dirigidos por empregador (MARTINS, 2014, p. 51). Além disso, pode-se declarar que é dever do empregado seguir as recomendações feitas pelo empregador que utiliza do seu poder de direção, sempre dentro dos limites permitidos por lei (GARCIA, 2013, p. 144).

Referida subordinação é jurídica, pois decorre de contrato trabalhista, todavia, neste aspecto, também podemos observar na relação laboral as subordinações econômica (no sentido de que o trabalhador é subordinado economicamente ao empregador), social (aquela em que o empregado se encontra configurado socialmente abaixo do empregador, em decorrência deste último ser dono de empresa), técnica (referente à subordinação do empregador quanto ao empregado no que tange ao conhecimento técnico da área por ele atuada). Vale salientar que dos tipos de subordinação citados, apenas a jurídica é plena, as demais não necessariamente acontecem ou são cumpridas (GARCIA, 2013, p. 144/145).

No tocante ao requisito da onerosidade, é importante ressaltar que o contrato de trabalho não pode ser gratuito, pois o empregador deve pagar para que o empregado cumpra com o determinado no contrato trabalhista, o prestando serviços (MARTINS, 2014, p. 51). Isso acontece em decorrência do empregado só aceitar prestar serviços pois possui o intuito de receber pagamento mensal (GARCIA, 2013, p. 146).

Quanto a pessoalidade, o empregado no contrato de trabalho é *intuitu personae* (GARCIA, 2013, p. 143, 144). Assim, o trabalhador não pode ser substituído por terceiro, pois, como dito, o contrato laboral é personalíssimo (MARTINS, 2014, p. 51).

É requisito do contrato de trabalho, também, a alteridade, no sentido de que a atividade empresarial é realizada por conta e risco do empregador, o trabalhador apenas o presta serviços, não podendo arcar, em hipótese alguma, dos prejuízos que da empresa advier (MARTINS, 2014, p. 52).

Por outro lado, vale ressaltar sobre a eficácia do contrato trabalhista, no sentido de que este só é eficaz se cumpre com as condições nele estipuladas pelas

partes, empregador e empregado, porém, as condições estabelecidas em contraditório com a lei, a ordem pública e os bons costumes são ilícitas (GARCIA, 2013, p. 160), conforme se extrai do art. 122, do Código Civil, *in verbis*:

"Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes" (BRASIL, 2014b).

Caso as cláusulas do contrato sejam lícitas e suas obrigações não sejam cumpridas, cabe indenização por perdas e danos, materiais ou morais, conforme estipula o art. 465, do Código Civil, no sentido de que "Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos" (BRASIL, 2014b).

Quanto à supracitada nulidade no contrato de trabalho, Mauricio Godinho Delgado ensina:

"A nulidade deriva da ocorrência de defeitos ou vícios no ato ou seu elemento integrante. Tais defeitos e vícios, como se sabe, podem ter origem em aspectos subjetivos vinculados às próprias partes contratuais (por exemplo, ausência de capacidade adequada à prática válida do ato em exame) ou à higidez da manifestação de vontade dessas partes (como ocorre com os defeitos denominados erro, dolo ou coação). Podem tais defeitos e vícios também ter origem em aspectos objetivos vinculados ao ato mesmo ou seus elementos e aspectos integrantes. É o que se passa que com os denominados vícios sociais (simulação e fraude à lei trabalhista), quer com a afronta a requisitos legais dirigidos aos elementos jurídicos-formais do contrato (por exemplo, ilicitude do objeto contratual ou desrespeito a formalidade contratual imperativa)" (2014, p. 539).

O contrato de trabalho deve respeitar as normas constitucionais, incluindo-se os direitos à personalidade e intimidade, os quais possuem como peculiaridade predominante sua irrenunciabilidade (SILVA, 2010, p. 2266).

Além de todo o exposto, o contrato trabalhista possui efeitos contratuais que abrangem as partes pactuantes, empregado e empregador (DELGADO, 2014, p. 636).

Tais efeitos podem ser captados como obrigações relativas ao empregador, quais sejam, de assinar corretamente a CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social, efetuar o pagamento da parcela pecuniária, bem como das demais verbas resultantes do contrato realizado (como, por exemplo, as decorrentes de vales em geral, FGTS, etc.) e, por fim, lançar o documento de CAT -

Comunicação de Acidente de Trabalho referente a adversidades acontecidas no trabalho (DELGADO, 2014, p. 637).

Quanto aos efeitos relativos ao empregado, estes são: obrigação de fazer, ou seja, de prestar serviços com boa-fé, dedicação e regularidade, atuando com lealdade no que se refere aos segredos da contratante. Além disso, o contrato trabalhista pode originar, também, obrigações de não fazer (no sentido de, caso expreso no contrato, por exemplo, se abster de concorrer com as atividades realizadas por empregador), de dar (por exemplo, obrigação inculpada no contrato trabalhista de entregar instrumentos laborais ao empregador ao final do expediente) (DELGADO, 2014, p. 637).

Para concluir, existe o poder empregatício como consequência do contrato, o qual utiliza, na pessoa do empregador, de "[...] suas manifestações concretas (diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar)" para dar orientações aos prestadores de serviços, os sujeitando a ordens lícitas (DELGADO, 2014, p. 638).

3.2.1 Formas de rescisão contratual

Com a rescisão contratual desaparecem as obrigações pactuadas mediante contrato de trabalho entre empregado e empregador (MARTINS, 2014, p. 124).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia conceitua o que se pode chamar de rescisão contratual, no sentido de que "A cessação do contrato de trabalho pode ser conceituada como o término do referido negócio jurídico, ou seja, o fim da relação jurídica de emprego" (2013, p. 623).

Tal rescisão pode ser motivada tanto por falha do trabalhador, gerando demissão por justa causa, quanto do empregador, acarretando dispensa indireta (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 748), e, tais faltas encontram-se estipuladas nos artigos 482 e 483, da CLT, *in verbis*:

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

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

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

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários" (BRASIL, 2014c).

A *resilição* do pacto trabalhista pode ser unilateral, quando apenas uma parte contratual desfaz o contrato, como, por exemplo, mediante pedido de demissão ou dispensa sem justa causa ou, ainda, pode ser bilateral, em que as partes entram em um acordo judicial ou extrajudicial para romper o contrato laboral (GARCIA, 2013, p. 621/622).

Ademais, a *resolução* contratual pode advir de uma falta praticada por uma ou ambas as partes contratuais o que gera "dispensa por justa causa, falta grave, dispensa indireta e culpa recíproca" e, além disso, a *rescisão* acarreta de uma nulidade do contrato o que o extingue (GARCIA, 2013, p. 622).

Quando ocorre dispensa por justa causa do empregado, a ele é devido salário, férias vencidas acrescidas de um terço (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 749).

Para o estudo deste trabalho o foco limita-se em analisar os casos de justa causa patronal relativos à utilização excessiva do poder diretivo para fiscalizar

o correio eletrônico no ambiente de trabalho, excedendo a intimidade do empregado, bem como, justa causa do trabalhador referente à utilização imprópria do correio eletrônico no ambiente trabalhista.

Assim, primeiramente vale destacar os elementos que tipificam a justa causa unilateral do trabalhador pelo empregador, na qual a vontade do primeiro de continuar laborando é nula (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 745).

Os elementos subjetivos são relativos a culpa do trabalhador, no tocante a "negligência, imprudência, imperícia e dolo" do mesmo, já os elementos objetivos são a necessidade de que: o ato que justificou a justa causa esteja previsto em lei; o fato ocorrido seja grave, havendo a desestruturação da confiança tida no empregado; haja nexo causal entre o fato praticado e a medida disciplinar aplicada; a justa causa seja aplicada logo após a ocorrência do fato e a medida aplicada, sob pena de ocorrer o perdão tácito; e, por fim, que ocorra proporcionalidade entre a falha do trabalhador e a punição aplicada (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 750).

Quanto às hipóteses legais que levam a justa causa do empregado, vale salientar a que se sobressai na matéria aqui debatida, qual seja a inculpada na alínea "h", do art. 482, da CLT, referente ao ato de indisciplina ou de insubordinação (DELGADO, 2014, 1267).

Quanto ao ato de indisciplina, esta pode ser observada pelo simples desrespeito às ordens estabelecidas aos trabalhadores em uma determinada empresa, já referente ao ato de insubordinação, esta se verifica pelo não cumprimento de ordem pessoal proferida por empregador a determinado empregado (GARCIA, 2013, p. 662/663).

Assim é o entendimento de Muricio Godinho Delgado:

"Indisciplina é o descumprimento de regras, diretrizes ou ordens gerais do empregador ou de seus prepostos e chefias, impessoalmente dirigidas aos integrantes do estabelecimento ou empresa. [...] Insubordinação, por sua vez, é o descumprimento de ordens específicas recebidas pelo empregado ou grupo delimitado de empregados. É o desatendimento pelo obreiro a ordem direta por ele recebida do empregador ou dos prepostos e chefias deste" (2014, p. 1267/1268).

Nesse sentido, por exemplo, o ato do trabalhador de utilizar para assuntos pessoais o correio eletrônico no equipamento da empresa, quando delimitado no regulamento interno da empresa tal ressalva e, além disso, orientado que tal ato não

pode ser feito, acarreta, quanto ao primeiro exemplo citado, ato de indisciplina e, quanto ao segundo, ato de insubordinação que pode causar demissão do empregado por justa causa (DELGADO, 2014, p. 1268).

Destarte, acrescento o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

"A utilização do computador pode ser proibida pelo empregador, assim como o uso de outros equipamentos de trabalho, como telefone, e-mail internet. Havendo essa vedação, se o empregado descumpre tal determinação genérica, incide na justa causa de indisciplina" (2013, p. 662).

Vale ressaltar que as ordens impostas pela empresa, que utiliza do poder diretivo do empregador, devem ser lícitas, não excedendo o delimitado pelo direito e pelo o que o próprio contrato normatiza (DELGADO, 2014, p. 1268).

Por outro lado, vale estudar a dispensa indireta, ou seja, aquela rescindida por empregado frente a ato culposos insculpido no art. 483, da CLT, praticado por empregador, o qual acarreta justa causa, rescisão do contrato e direito a requerimento judicial de indenização (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 765).

É o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

"[...] trata-se da hipótese inversa à dispensa com justa causa: enquanto nesta modalidade de terminação do contrato de trabalho a falta grave é praticada pelo empregado, na dispensa indireta a falta grave é praticada pelo empregador. Enquanto na dispensa com justa causa quem decide pôr fim ao contrato de trabalho é o empregador, na rescisão indireta tal deliberação é tomada pelo empregado" (2013, p. 672).

São requisitos objetivos para que se caracterize a rescisão indireta a conduta faltosa estar insculpida nas alíneas do art. 483, da CLT, bem como a conduta empresarial ser grave, devendo acarretar ao empregado prejuízo iminente. Quanto aos requisitos subjetivos encontra-se a necessidade da falta ser de autoria do empregador, seus prepostos ou chefias, onde o empregador é quem assume a responsabilidade dos atos praticados, bem como o do dolo ou da culpa serem examinados normalmente no sentido abstrato, não se estudando individualmente o empregador (DELGADO, 2014, p. 1284/1286).

Com a devida constatação dos motivos que incidiram a dispensa indireta, mediante decisão decorrente de ação judicial, o empregado tem direito ao recebimento das verbas compatíveis à da dispensa sem justa causa, quais sejam:

"salário; aviso prévio; décimo terceiro salário; férias vencidas e proporcionais, acrescidas de um terço; liberação do fundo de garantia; multa de 40%; e entrega da guia do seguro-desemprego", caso a ação seja julgada improcedente o trabalhador somente possuirá direito ao recebimento do salário e das férias vencidas (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 765).

Ademais, vale incumbir à este trabalho a hipótese de rescisão indireta que mais se ajusta no estudo aqui feito, qual seja, a prática pelo empregador ou seus prepostos de ato lesivo contra a honra e a boa fama do empregado, conforme estatui o art. 483, alínea "e", da CLT (GARCIA, 2013, p. 680).

Conforme entendimento de Mauricio Godinho Delgado, "o presente tipo jurídico trata da injúria, calúnia ou difamação, restringindo-se, pois, a ofensas morais ou à imagem do obreiro e sua família" (2014, p. 1291).

Nesse sentido, a ofensa realizada pelo empregador contra a honra, reputação, boa fama ou decoro de trabalhador ou de sua família insulta seus direitos personalíssimos morais e da imagem (GARCIA, 2013, p. 680).

Caso o empregado possa utilizar correio eletrônico para fins pessoais em ambiente de trabalho, caracteriza-se motivo para rescisão indireta o fato do empregador utilizar-se das matérias pessoais debatidas por e-mail pelo trabalhador para ofendê-lo verbalmente, fisicamente ou por escrito (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 779/780).

Realizada a contextualização de contrato de trabalho e suas formas de rescisão, passa-se ao estudo e compreensão do poder diretivo do empregador e seus limites contratuais.

3.3 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador diverge aos direitos fundamentais dos empregados previstos nos artigos 1º, inciso III e 5º, incisos X e XII, quais sejam, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do indivíduo, bem como da inatingibilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (MACIEL, 2005, p. 3).

Em função de possuir o contrato de trabalho várias lacunas quanto ao desempenho empregatício, há o poder diretivo do empregador, para conduzir,

supervisionar e planejar as atividades diárias de seus contratados (AVILA, 2011, p. 79).

Assim, frente à subordinação do empregado existe o poder de direcional do empregador decorrente de seu direito de definir como o exercício laboral deve ser exercido (NASCIMENTO, 2013, p. 713).

O poder de direção pode ser entendido como o direito que possui o empregador de legislar na esfera empresarial (BARROS, 2013, p. 460); dirigindo o trabalhador em decorrência de ser o proprietário da empresa (MARTINS, 2014. p. 77).

Valem ressaltar alguns elementos que ilustram o poder de direção do empregador, quais sejam seu direito de propriedade privada; o contrato de trabalho, o qual institui a execução de trabalho de forma subordinada ao empregado e o poder diretivo ao empregador; o fato da empresa ser vista como instituição hierárquica frente aos seus trabalhadores; vontade do empregador de controlar, disciplinar e organizar a execução de trabalho dentro da empresa; a realidade de que o ato de direção depende apenas da parte contratante, não sendo oponível pelo contratado; e, por fim, vale acrescentar a totalidade funcional de deveres diretivos do empregador para com seus trabalhadores (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 332/333).

Citado poder de direção pode ser emitido mediante diferentes formas: "o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado" (NASCIMENTO, 2013, p. 713).

No tocante ao poder de organização, o empregador possui o direito de tomar decisões executivas e organizar o trabalho realizado pelo empregado, o moldando para que desempenhe os ideais planejados pela empresa (NASCIMENTO, 2013, p. 713).

Mencionado poder é relacionado ao direito do empregador de organizar a produção de sua empresa, no que se refere a distribuição e determinação de funções, horários, entre outros relacionados a prestação de serviços (GARCIA, 2013, p. 340).

Referente ao poder de controle fiscalizatório do empregador sobre o empregado, aquele pode gerenciar o serviço e o comportamento deste (NASCIMENTO, 2013, p. 716) no tocante ao cumprimento pelos empregados do pactuado no contrato de trabalho, como o horário de entrada e saída da empresa, as

exigências e as regras para o correto exercício laboral na empresa introduzida (GARCIA, 2013, p. 341).

Em que pese o supracitado, vale destacar que não pode o empregador, ao agir utilizando de seu poder de controle, atingir a dignidade e a privacidade do trabalhador (NASCIMENTO, 2013, p. 716).

Assim é o entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, que declara:

"referido controle não pode invadir a esfera de intimidade dos empregados, além dos outros direitos de ordem fundamental, vedando-se, por exemplo [...] a violação do sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas [...]" (2013, p. 341).

Quanto ao poder disciplinar, cabe ao empregador ser arbitrário, dirigindo e dando ordens no tocante a execução do trabalho pelo empregado, bem como instituindo sanções disciplinares aos empregados que não cumprem com as normas determinadas à execução laboral (NASCIMENTO, 2013, p. 714).

É o entendimento de Alice Monteiro de Barros:

"O poder disciplinar 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" (2013, p. 480).

São medidas disciplinares adotáveis aos comportamentos faltosos dos empregados: advertência verbal ou escrita, suspensão laboral e dispensa por justa causa motivada, esta última considerada a pena mais drástica, pois dispensa o empregado e, conseqüentemente extingue com o contrato de trabalho (GARCIA, 2013, p. 342).

Quanto a não obediência ao poder diretivo, ensina Alice Monteiro de Barros:

"A violação ao poder de obediência poderá ensejar, respectivamente, ato de indisciplina ou insubordinação, caso o empregado se refira, respectivamente, a ordens lícitas, de âmbito geral, emanadas do empregador e/ou seus prepostos ou a ordens de cunho específico, pessoal, emanadas das mesmas autoridades, permitindo a resolução contratual, nos termos do art. 482, "h", da CLT" (2013, p. 486).

É no regulamento da empresa que se encontra exposto o conjunto de normas e observância quanto a empresa e a relação empregados e empregador. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 335). Todavia, há limites ao que se refere a tais poderes de direção, no sentido de que o empregador somente pode administrar sobre o labor praticado pelo trabalhador conforme o pactuado no contrato de trabalho, não sendo possível que o primeiro atue sobre a vida privada do segundo (AVILA, 2011, p. 79/80).

3.3.1 Limites ao poder diretivo do empregador

A norma legislativa e o sistema jurídico definem algumas limitações ao poder diretivo do empregador (MARTINS, 2014, p. 77), os quais devem ir em conformidade com os direitos e garantias que os empregados possuem (GARCIA, 2013, p. 339).

Nesse sentido, afirma Gustavo Filipe Barbosa Garcia que "o abuso no exercício do poder de direção não deve ser aceito, o que faz com que o empregado possa a ele se opor, fazendo jus à reparação a prevenção da decorrente lesão, na esfera material e moral" (2013, p. 339).

No tocante aos limites ao poder diretivo do empregador é necessário destacar que o empregado não é obrigado a obedecer a ordens ilícitas ou que possam causar lesão à sua integridade física, psíquica ou moral. No mesmo sentido, o empregado não pode ser obrigado a realizar serviços de aspectos diferentes do contratado (BARROS, 2013, p. 461/462).

A vida privada do empregado de nada tem a ver com a execução laboral, assim, a ordem diretiva do empregador não pode infringir a vida privada e a intimidade do primeiro (BARROS, 2013, p. 462).

Nesse sentido, cumpre acrescentar o entendimento de Alice Monteiro de Barros:

"Evidentemente, o dever de obediência diz respeito às ordens lícitas, emanadas de quem esteja legitimado a fazê-lo, não contrárias à saúde, à vida ou à dignidade do trabalhador, quando então a recusa ao seu cumprimento é legítima. Assim, está o empregado desobrigado de cumprir ordens capazes de gerar grave e iminente perigo à sua saúde ou as que o exponham a situações indignas ou vexatórias" (2013, p. 483).

Ademais, vale ressaltar a limitação do poder diretivo do empregador quanto ao direito à dignidade do empregado, que mesmo subordinado ao primeiro, tem direito a ser respeitado como ser humano que é. Nesse sentido, as normas criadas pelo empregador que vão contra a dignidade do empregado são ineficazes (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 336).

Além disso, o poder de direção não pode descumprir com os direitos que objetivam o avanço da condição social dos trabalhadores, bem como os demais direitos adquiridos pelos mesmos, conforme institui o art. 7º, da Constituição Federal de 1988 (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 336), isso porque, conforme se extrai do art. 9º, da CLT "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação" (BRASIL, 2014c).

Ademais, os direitos adquiridos individualmente por cada trabalhador predominam sobre os atos normativos definidos pelo empregador (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 336).

Vale acrescentar:

"[...] existem, na Constituição, regras impositivas enfáticas, que afastam a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agredam a liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador. Ilustrativamente, a regra geral da igualdade de todos perante a lei e da "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (art. 5º, caput, CF/88). Também a regra geral de que "ninguém será submetido ... a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III, CF/88). Ainda a regra geral que declara "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, X, CF/88) Por fim as regras gerais clássicas no sentido de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" e de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIII e LIV, CF/88)" (DELGADO, 2014, p. 690).

Referidas normas de liberdade e dignidade da pessoa humana são aplicadas no cenário empregatício, colocando em iminência o dever do empregador, na utilização de seu poder fiscalizatório e de controle, de cumpri-las (DELGADO, 2014, p. 690).

Vale concluir que o empregador não pode utilizar de seu poder diretivo com a finalidade de autenticar a transgressão do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador, uma vez que o contrato trabalhista deve ser executado dentro dos limites da boa-fé (SILVA, 2010, p. 2266).

4 ESTUDO E DIFERENCIAÇÃO DOS CORREIOS ELETRÔNICOS PESSOAL E CORPORATIVO

Com o avanço tecnológico, nasce, a internet e, juntamente com ela, o correio eletrônico, meio eficaz e rápido de envio e recebimento de mensagens, o que, em tese, promoveria nas empresas maior produtividade em diminuído intervalo de tempo (KRULY, 2011, p. 65).

Nesse sentido:

"(...) o correio eletrônico representa um instrumento de comunicação e de transmissão de informações que auxilia o desenvolvimento da atividade laborativa executada pelo empregado. Ele compreende um meio pelo qual o empregador, através do controle da sua atividade econômica, possa tornar indispensável o alcance das suas atividades funcionais empresariais" (ALVARENGA, 2010, p. 4).

Trata-se de correio eletrônico pessoal, aquele utilizado para envio e recebimento de mensagens de âmbito privado da pessoa (KRULY, 2011, p. 55).

É aquele de propriedade exclusiva do indivíduo e que nada tem a ver com a sua relação empregatícia (ALVARENGA, 2010, p. 6), uma vez que é a pessoa quem arca com suas despesas por ser o titular da conta, não sendo o correio eletrônico gratuito, e sua utilização é feita por meio de conta individual (GIACOMINI, 2013, p. 127).

Pode-se dizer que o correio eletrônico pessoal é todo aquele não disponibilizado pela empresa empregadora e que de nada tem relação com ela, uma vez que é de utilidade e domínio exclusivo de quem o possui (LEAL JÚNIOR et al., 2007, p. 74).

Sendo o correio eletrônico pessoal de domínio exclusivo de seu proprietário, é este quem delimita o usuário e a senha de ingresso ao referido meio de comunicação (GIACOMINI, 2013, p. 127).

No tocante ao e-mail corporativo, possui propósito puramente trabalhista por ser de propriedade exclusiva do empregador (CARNEIRO, 2007, p. 19) e, portanto, é visto como um instrumento de trabalho (LEAL JÚNIOR et. al., 2007, p. 75).

Tal e-mail tem como intuito o envio e recebimento de mensagens de âmbito laboral, relacionado estritamente à atividade exercida pela empresa em que o indivíduo é empregado (KRULY, 2011, p. 55).

Aliás, o correio eletrônico corporativo é aquele utilizado na rede particular do empregador (GIACOMINI, 2013, p. 127) e possui todos os seus gastos sustentados pela empresa empregadora, tendo como objetivo o cumprimento das atividades laborais por meio de seus modos de produtividade (CARNEIRO, 2007, p. 2).

Conforme relata Joana Zago Carneiro:

"Nas empresas, os e-mails corporativos são armazenados em caixas postais centralizadas no servidor do correio institucional, que também registra o acesso à internet, possibilitando, assim, o acesso do empregador às correspondências eletrônicas enviadas e recebidas pelo empregado, bem como aos sites por ele acessados na internet. O programa de monitoramento e rastreamento de correio eletrônico mais usado pelas empresas é um software que atribui pontos para cada palavra suspeita que aparece nos sites acessados ou nas mensagens eletrônicas enviadas" (2007, p. 2).

Com a mesma rapidez que se formou os atuais meios de comunicação por meio do correio eletrônico e da internet, nasceram as ameaças aos direitos da intimidade, vida privada, liberdade e, dignidade da pessoa humana em função da aplicação sem limites do poder diretivo do empregador (ALVARENGA, 2010, p. 3).

Nesse sentido, passa-se à análise do monitoramento do correio eletrônico em ambiente trabalhista, utilizando-se como base e equilíbrio o amparo constitucional dos direitos tanto dos empregados quanto dos empregadores (CARNEIRO, 2007, p. 4).

4.1 DO CONFLITO ENTRE O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO PESSOAL E CORPORATIVO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Na contemporaneidade, os empregadores, a fim de demandar menor tempo para a execução de serviços internos e externos da empresa e maior lucratividade, utilizam-se da internet, mais especificamente do correio eletrônico (MOREIRA; CAVALHEIRO; CAVALHEIRO, 2012, p. 2).

Obtendo-se de tal meio facilitatório de comunicação, alguns empregados utilizam-se do e-mail de forma exagerada, o que faz com que os empregadores

necessitem vistoria-los, por meio de sistemas avançados de monitoramento eletrônico (MOREIRA; CAVALHEIRO; CAVALHEIRO, 2012, p. 2/3).

Destarte, o monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho provoca amplos debates acerca da correta aplicação do poder diretivo do empregador, uma vez que ele, muitas vezes, utiliza deste direito para supervisionar seus empregados em demasia (MOREIRA; CAVALHEIRO; CAVALHEIRO, 2012, p. 3).

Isso ocorre porque os limites aplicados ao poder de direção do empregador são incertos, sendo que o que é entendido como supervisão tomado por medida de segurança pelo empregador pode ser entendido pelo empregado como violação ao direito à intimidade (KRULY, 2011, p. 61).

Não há estruturação formal na legislação Brasileira que trata sobre a legalidade ou não do monitoramento da matéria compreendida nos e-mails recebidos e enviados do computador de propriedade do empregador e concedido aos empregados (AVILA, 2011, p. 104).

Assim, utiliza-se dos direitos fundamentais para se chegar a resposta sobre a legalidade ou não do monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho (AVILA, 2011, p. 105).

Logo, deve-se observar que os nossos direitos constitucionais são efetivamente horizontais e possuem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, a qual acarreta o princípio da intimidade e da privacidade em sua íntegra e deve ser cumprida em toda relação particular (DEXHEIMER, 2012, p. 13). Tais direitos horizontais podem ser explicados pelo fato de que as relações privadas, como a de empregado e empregador, devem ser tratadas com igualdade de condições, isonomicamente (LENZA, 2014, p. 1062/1064).

Em uma sociedade em que a internet predomina quanto aos demais meios hábeis de trabalho torna-se difícil que um empregador, para conseguir maior produtividade, não coloque à disposição de seus empregados ferramentas modernas que agilizam os seus modos de comunicação e os seus meios de produção (DEXHEIMER, 2012, p. 14/15).

Nesse sentido, as novas tecnologias interligadas ao uso do computador em expediente laboral são de domínio do empregador e precisam ser utilizadas com intuito de gerar maior produção e não com o intuito de utilização privada, pois os empregados devem ocupar seu tempo de labor estritamente para o cumprimento do

pactuado em contrato trabalhista (MACIEL, 2005, p. 5), levando em consideração o os princípios instituídos no art. 422, do Código Civil, *in verbis*: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (BRASIL, 2014b).

Além disso, deve-se levar em consideração que necessário se faz a realização de controle pelo empregador de seus empregados em horário de trabalho, porque a ele é incumbida responsabilidade civil pelos atos praticados pelo trabalhador, conforme dispõe o art. 932, inciso III, do Código Civil¹⁶ (MACIEL, 2005, p. 5).

O ato do empregador de monitorar os e-mails enviados e recebidos pelos empregados, a estes deve ser informado, faça-se por via documental ou até contratual (MOREIRA; CAVALHEIRO; CAVALHEIRO, 2012, p. 7).

Caso o empregado utilize de maneira incorreta o e-mail a ele concedido, aplicam-se as regras da demissão por justa causa instituídas no artigo 482, da CLT (MACIEL, 2005, p. 5).

Trata-se de alguns exemplos dados por Mário Antônio Lobato de Paiva:

"(...) e) desídia no desempenho das respectivas funções, no caso do empregado permanecer horas navegando na internet e prejudicando seus serviços além do prejuízo material para a empresa;

(...)

h) ato de indisciplina - quando o empregado utilizar o e-mail para fins pessoais mesmo sabendo que existe no regulamento de empresa norma que proíbe da prática ou de insubordinação no mesmo caso quando o chefe imediato ordena a desconexão do empregado da internet [...]" (2002, p. 1).

A demissão por justa causa só deve ser declarada pelo empregador se deliberada de modo proporcional à falta do empregado e, ainda, se o próprio empregador não infringiu a intimidade do empregado quando da verificação de seu e-mail (MACIEL, 2005, p. 7).

Vale ressaltar que é aceitável o uso pessoal e moderado do correio eletrônico pelo empregado, desde que respeitadas as normas contratuais ou documentais aplicadas pela empresa, pois não é necessário que o empregado se

¹⁶ 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;

aliene totalmente do ambiente externo quando este se encontra em horário de trabalho (MOREIRA; CAVALHEIRO; CAVALHEIRO, 2012, p. 8).

A nossa doutrina atual possui dois entendimentos distintos quanto a possibilidade ou não do monitoramento do correio eletrônico em ambiente trabalhista por meio do empregador (SILVA, 2010, p. 2268).

O primeiro posicionamento tem como fundamento o artigo 170, inciso II, da Constituição Federal¹⁷, o qual se utiliza da propriedade privada para proteger o ato de monitoramento do correio eletrônico realizado pelo empregador, no sentido de que uma vez se tratando, o computador, de objeto utilizado para entrada na internet e utilização de e-mail no trabalho de propriedade do empregador, este não usufrui do amparo constitucional da inviolabilidade (SILVA, 2010, p. 2268 e 2269).

Quanto ao citado entendimento, é utilizado como sua explicação também o fato de os empregados utilizarem de forma inadequada o e-mail a eles disponibilizados, a fim de transferir informações confidenciais da empresa em que trabalham a terceiros, deslocar a concentração para temas que não dizem respeito ao trabalho, reduzindo a produtividade, e, ainda, sobrecarregando o sistema utilizado para o uso da internet, chegando a tornar reduzida a sua eficácia para o trabalho (KRULY, 2011, p. 67).

O direito de propriedade encontra-se interligado ao poder de direção do empregador e sua função controladora insculpida no artigo 2º da CLT, norma que propicia ao empregador o lícito monitoramento do correio eletrônico utilizado por seus empregados (SILVA, 2010, p. 2268 e 2269), uma vez que é o empregador quem possui controle sobre a produtividade empresarial (GIACOMINI, 2013, p. 128).

Este lado do entendimento entende que o uso pelo empregador de senha pessoal e confidencial para cada empregado não ocasiona uma esperança de privacidade por meio dos últimos, porquanto se trata de um recurso utilizado pela empresa para fazer com que terceiros não visualizem as matérias tratadas nos e-mails enviados e recebidos por ela (GIACOMINI, 2013, p. 132).

Outro caminho utilizado é o de que o direito à intimidade e à vida privada encontrado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal é inviolável, pois o

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

(...)

II - propriedade privada;

empregador, uma vez propiciando a utilização da internet com propósito pessoal em ambiente trabalhista, não deve fiscalizar em demasia a sua utilização, sob pena de responder por danos materiais ou/e morais (SILVA, 2010, p. 2268).

Esta vertente utiliza também do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que diz que o sigilo de correspondência instituído no referido artigo abrange o correio eletrônico utilizado em ambiente trabalhista e também é visto como inviolável, isso porque a prática de monitorar o e-mail enviado e recebido pelo empregado não o isenta das irregularidades decorrentes deste ato, porquanto o contrato trabalhista não deve contrariar os direitos fundamentais dos homens, devendo sempre utilizar do princípio da boa-fé contratual (KRULY, 2011, p. 71 e 72).

Os defensores deste segundo entendimento alegam que o direito de propriedade do empregador não pode ser observado como absoluto, visto que o direito à privacidade e à vida privada dos empregados e ele se sobressai (GIACOMINI, 2013, p. 134).

Esta tese ocorre, pois atualmente o empregador possui diversos meios a seu alcance que limitam a possibilidade dos empregados de excederem a utilização da internet para uso próprio ou até para trazer danos à empresa (SILVA, 2010, p. 2268 e 2269), quais sejam:

"o empregador poderia limitar, através de instrumentos informáticos, o envio de arquivos via e-mail, ou vedar o acesso a determinados sítios, bem como limitar o número de destinatários - enfim, criar regras para que a rede, o computador e o e-mail, fossem utilizados de acordo com a política da empresa" (SILVA, 2010, p. 2269).

O presente entendimento é explicado, também, pelo fato do monitoramento do correio eletrônico ofender até a personalidade do trabalhador, já que não existindo lei que defina até onde o poder de direção do empregador pode alcançar, este aproveita-se e utiliza de condutas abusivas para com seu empregado, executando punições excessivas (GIACOMINI, 2013, p. 135).

Aqui nesta segunda vertente ainda, é entendido que o monitoramento do correio eletrônico afronta o direito à dignidade da pessoa humana e à intimidade, e só é aceitável, como exceção à regra, nos casos em que há:

"a proteção dos direitos de personalidade alheia (direito à vida, integridade física e psíquica, liberdade, etc.); a existência de fortes indícios de prática de crime; e a violação aos interesses difusos e coletivos extrapatrimoniais

da sociedade (sendo a quebra do sigilo a última alternativa possível para resolução do problema)." (KRULY, 2011, p. 74).

Dessa maneira, para os que entendem o correio eletrônico como protegido pelo direito à intimidade, à vida privada e à dignidade da pessoa humana, este só pode ser violado através de decisão judicial, em função de fortes evidências de má-fé em seu manuseio, comprovado por meio de diminuição do rendimento laboral ou, ainda, pelo alto número de e-mails particulares enviados, os quais poderão ser constatados através da visualização dos títulos dos e-mails emitidos pelo empregado (GIACOMINI, 2013, p. 134).

Citado monitoramento do correio eletrônico é visto, nesta corrente, como excepcional, utilizado apenas nos casos em que há comprovado interesse público, devendo o empregado ter sua intimidade conservada completamente como regra geral (GIACOMINI, 2013, p. 134).

É incontestável o confronto entre o poder diretivo do empregador frente ao direito à intimidade do empregado, portanto, deve-se refletir qual dos direitos prevalece quando o objeto de estudo é a violação do correio eletrônico (SILVA, 2010, p. 2269).

Vale utilizar-se do juízo de ponderação que entende por aplicar um equilíbrio entre os princípios que se disputam entre si, a fim de alcançar o máximo cumprimento dos direitos protegidos pela Constituição Federal, bem como, o princípio da proporcionalidade, que tem por objetivo a estipulação de limites aos direitos constitucionais, quando isso se torna essencial à solução da lide (ALVARENGA, 2010, p. 4).

4.2 DA (I)LEGALIDADE DO MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO PESSOAL EM AMBIENTE DE TRABALHO

Cumprido analisar primeiro o correio eletrônico pessoal, o qual possui guarida constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, no sentido de possuir proteção de inviolabilidade quanto ao sigilo de correspondências e dados extraídos de provedor próprio (AVILA, 2011, p. 105).

Quanto ao correio eletrônico pessoal, o empregado goza do direito à intimidade, privacidade e sigilo, o que protege o trabalhador de intromissões indesejadas (KRULY, 2011, p. 62).

Nesse sentido, o e-mail particular não é passível de violação por parte do empregador, uma vez que se trata de objeto íntimo da pessoa, não possuindo este meio de comunicação nenhuma vinculação com o empregador em si (DEXHEIMER, 2012, p. 15).

É o que relata KRULY, 2011, p. 62, "é consensual que o monitoramento do e-mail pessoal é ato proibido, consistindo em evidente agressão à intimidade".

Ainda, conforme ALVARENGA, 2010, p. 6:

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

Isso ocorre porque o monitoramento pelo empregador do e-mail pessoal do empregado consiste em transgressão ao seu direito à intimidade e vida privada, sendo que tal e-mail é de uso particular, como o próprio nome diz, e de nada tem a ver com a empresa e os trabalhos dela atinentes (LEAL JÚNIOR et. al., 2007, p. 74).

Basta que o empregador interfira na intimidade do empregado e essa situação acarrete ao mesmo constrangimento e humilhação para que se dê causa à rescisão indireta do contrato de trabalho e o dever de indenizá-lo por danos morais e/ou materiais a ele causados (artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal e artigo 186 do Código Civil) (MACIEL, 2005, p. 7).

Isso ocorre porque, apesar da inviolabilidade aplicada ao correio eletrônico não ser caracterizada como absoluta, o empregador deve obter motivo relevante, inerente ao labor, para intervir na esfera íntima do empregado (MOREIRA; CAVALHEIRO; CAVALHEIRO, 2012, p. 7).

No que se refere ao correio eletrônico pessoal o empregador pode monitorar o tempo aproveitado para seu uso, com a finalidade de obstar que o empregado utilize tempo substancialmente grande para fins pessoais, pois tal ato pode gerar considerável dano ao processo de cumprimento do contrato trabalhista (MACIEL, 2005, p. 5).

Nesse sentido, o empregador é capaz de, utilizando-se do seu poder de direção, restringir o uso do correio eletrônico pessoal no computador disponibilizado pela empresa ou, até mesmo, proibir a sua utilização em horário de trabalho (ALVARENGA, 2010, p. 6).

Assim sendo, se o empregado desrespeitar tal observância, obtendo conduta contrária ao tratado no contrato laboral, este pode sofrer castigos disciplinares aplicados pelo empregador, quais sejam, advertência, suspensão de no máximo 30 (trinta) dias do contrato de trabalho, conforme disposto no art. 474, da CLT¹⁸, bem como, rescisão por justa causa inculpada no art. 482, da CLT¹⁹, uma vez existindo violação pelo trabalhador do compromisso de disciplina, dedicação e honestidade (ALVARENGA, 2010, p. 6).

A intimidade vinculada ao correio eletrônico pessoal pode ser violada e interceptada por meio de ordem judicial devidamente explicitada em investigação criminal ou instrução processual penal se o ato for estritamente necessário, adequado e equilibrado à finalidade para que se propõe (DEXHEIMER, 2012, p. 15).

Ainda, possui o empregador permissão para interferir na esfera íntima do empregado, monitorando seu e-mail pessoal quando seu subordinado assim o permite, todavia, aqui, deve-se observar que o fato do empregador monitorar de qualquer modo o correio eletrônico pessoal do empregado sem sua permissão será considerado como "invasão de intimidade, quebra de sigilo de correspondência ou violação da intimidade" (ALVARENGA, 2010, p. 6 e 7).

Vale salientar que haverá a possibilidade de violar o correio eletrônico pessoal do empregado também quando houver fundada suspeita de desempenho de ato proibido legalmente ou irregular (ALVARENGA, 2010, p. 7).

¹⁸ Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

¹⁹ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

4.3 DA (I)LEGALIDADE DO MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO EM AMBIENTE DE TRABALHO

No tocante ao e-mail corporativo, pode-se esclarecer que se levando em consideração a característica não absoluta dos direitos fundamentais, predomina a prática do poder de direção do empregador e a defesa patrimonial do mesmo frente ao direito à intimidade do empregado (DEXHEIMER, 2012, p. 17).

Tal entendimento é proporcional, pois o óbice ao poder de direção do empregador o prejudicaria muito mais frente à limitação parcial do direito à intimidade do empregado (DEXHEIMER, 2012, p. 17) e, além disso, o e-mail corporativo não recebe proteção constitucional do direito à intimidade e à privacidade, pois é visto como instrumento de trabalho e, como todo instrumento de trabalho, pode ser, também, fiscalizado pelo empregador por meio de seu poder diretivo (CARNEIRO, 2007, p. 8).

Nesse sentido, uma vez sendo o e-mail corporativo concedido apenas como instrumento de efetivação do trabalho, ao empregador é autorizado monitorar, de maneira ponderada, os correios eletrônicos corporativos enviados e recebidos, já que este é de sua propriedade (ALVARENGA, 2010, p. 5 e 6).

O correio eletrônico corporativo pode ser explorado, uma vez que como o empregador possui direito de propriedade no ambiente laboral sobre os bens ali entregues com o intuito de constituir trabalho, o empregado possui ciência da exclusividade laboral para os e-mails corporativos ali utilizados, não havendo, neste caso, esperança de privacidade (DEXHEIMER, 2012, p. 15).

Além do mais, sendo o empregador quem responde pelos riscos do negócio empresarial, pois é ele quem se responsabiliza pelos danos gerados através dos seus trabalhadores a terceiros, bem como a outros empregados, este possui como propósito conservar os sigilos dos fatos proporcionados em sua empresa, não obtendo como intuito a intervenção na vida privada de seus subordinados (ALVARENGA, 2010, p. 4).

Esta responsabilidade do empregador encontra-se substanciada na Súmula 341 do STF²⁰, a qual se utiliza como explicação para a licitude do

²⁰ **Súmula 341** - É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

monitoramento dos correios eletrônicos corporativos dentro do ambiente empresarial (MANTOVANI JÚNIOR; SILVA, 2009, p. 241).

Não só pode o empregador monitorar a atividade laboral de seu contratado no ambiente de trabalho como pode rastrear seu correio eletrônico corporativo, aferindo e lendo na sua íntegra as mensagens por ele recebidas e enviadas (DEXHEIMER, 2012, p. 15).

De acordo com Leal Júnior et. al., o monitoramento do correio eletrônico corporativo é sujeitado às seguintes exigências:

"os equipamentos dos quais o empregado se utilizou, e nos quais ocorrerá a fiscalização, serem de propriedade do empresário; a existência de cláusula expressa no contrato de trabalho afirmando que os computadores só poderão ser utilizados para assuntos relativos ao trabalho; e, por fim, que todas as mensagens enviadas estão potencialmente disponíveis para o conhecimento da empresa" (2007, p. 76).

Assim, deve o empregador cientificar ao empregado da probabilidade de realização do monitoramento da essência material do envio e recebimento do correio eletrônico corporativo concebido para fins trabalhistas, isso porque o vínculo empregatício deve se moldar pelo princípio da boa-fé contratual (ALVARENGA, 2010, p. 4 e 5).

Tal ciência dada ao empregado, no tocante ao monitoramento do correio eletrônico corporativo, pode ser feita através "do contrato de trabalho, de normas coletivas, de informativos internos da empresa ou mesmo de seu regulamento" (CARNEIRO, 2007, p. 8).

Uma vez realizado o monitoramento do e-mail corporativo no local de trabalho, é dever do empregador cientificar manifestamente as regras de aproveitamento do citado objeto facilitatório de comunicação concedido ao empregado (DEXHEIMER, 2012, p. 17).

O ato de cientificar os empregados da correta utilização do e-mail corporativo em função de seu monitoramento serve para impedir a intervenção pelo empregador na vida privada de seu empregado, muito embora o ato de monitorar seja obrigatório para assegurar a defesa da propriedade empresarial e dos seus respectivos trabalhadores (ALVARENGA, 2010, p. 5).

Quando o empregador proíbe normativamente o uso do computador com o escopo individual, o ato de monitorar o correio eletrônico do empregado não ofende seu direito à intimidade (AVILA, 2011, p. 105).

Alem do mais, o correio eletrônico corporativo, aquele assimilado como objeto de trabalho, não desfruta do amparo constitucional do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas instituído no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal (AVILA, 2011, p. 105).

Isso ocorre porque, uma vez contratado, o empregado torna-se ciente de que está renunciando a uma determinada cota de sua intimidade, em função do monitoramento advindo do poder de direção do empregador por meio de vigilância (ALVARENGA, 2010, p. 4), a qual pode ser realizada:

"a) através do acesso às informações pessoais armazenadas no computador; b) por intermédio do acesso ao conteúdo e registro dos e-mails enviados e recebidos e webpages visitadas; c) e o acesso ao registro de uso, possibilitando saber como o empregado utiliza o computador, medindo-se tanto a quantidade quanto a qualidade do trabalho realizado" (ALVARENGA, 2010, p. 4).

Em função do poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar do empregador, seu subordinado deve cumprir com suas especificações, sob pena de se submeter a advertência aplicadas pelo empregador, quais sejam, a justa causa prevista no art. 482, da CLT²¹, bem como, a suspensão contratual pelo prazo máximo de 30 (trinta) dias, conforme disposto no art. 474, da CLT²² (ALVARENGA, 2010, p. 5).

²¹ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

²² Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

Alguns exemplos de demissão por justa causa podem ser observados pelo ato do empregado de aproveitamento insidioso do correio eletrônico corporativo, no tocante ao desrespeito ao contratado, o que se encontra insculpido no art. 482, alínea "b", da CLT (ALVARENGA, 2010, p. 6).

Além disso, há demissão por justa causa também quanto ao ato do empregado de negociar costumeiramente, sem anuência do empregador, e promover concorrência que prejudique a empresa em que trabalha, conforme se extrai da alínea "c", do art. 482, da CLT, atos estes que geram má-fé contratual (ALVARENGA, 2010, p. 6).

Conforme se extrai da alínea "e", do art. 482, da CLT, o ato de utilização de e-mail com o intuito particular de, por exemplo, enviar mensagens agressivas ou com insultos a terceiros acarreta demissão por justa causa (MANTOVANI JUNIOR; SILVA, 2009).

O art. 482, em seus incisos "j" e "k", da CLT, também entende por rescisão por justa causa do trabalhador quando este afeta a honra e a boa fama dos demais empregados, do seu empregador, ou até de seus superiores hierárquicos dentro da empresa em que promove ser labor (CARNEIRO, 2007, p. 7).

Ainda, o empregador possui direito a recebimento por parte do empregado de danos morais e materiais sofridos em função de ser afetado economicamente pela utilização realizada de forma imprópria e/ou ilícita pelo seu empregado do correio eletrônico (ALVARENGA, 2010, p. 6).

Isso ocorre, pois, o empregador é quem responde pelos atos praticados por seus subordinados, conforme se extrai do art. 932, inciso III, do Código Civil²³ (ALVARENGA, 2010, p. 6), e, ainda, porque o envio e recebimento de e-mails inadequados no labor pode causar impacto econômico negativo à empresa, gerando lesão à integridade e à efetivação da sua atividade principal (CARNEIRO, 2007, p. 5).

Todavia, caso o empregador não informe devidamente ao empregado como deve ser realizada a utilização do correio eletrônico corporativo a ele concedido, havendo abuso no exercício do poder de direção do empregador, afetando, conseqüentemente, a intimidade e a vida privada do empregado, é

²³ 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;

concedido a este último o direito à rescisão indireta do contrato laboral, com fulcro no art. 483, da CLT²⁴, bem como, ao recebimento monetário dos danos morais sofridos (ALVARENGA, 2010, p. 6).

Acrescenta-se que para haver violação à intimidade, necessário se faz o descumprimento dos seguintes requisitos: "boa-fé, igualdade, razoabilidade, adequação, proporcionalidade" (GIACOMINI, 2013, p. 137).

Assim, deve-se levar em consideração o princípio da proporcionalidade para que se aplique a fiscalização dos correios eletrônicos corporativos, no sentido de que nenhum direito pode ser rescindido em sua ampla completude (DEXHEIMER, 2012, p. 17).

O supracitado princípio da proporcionalidade "(...) objetiva, por meio de balanceamento e do estabelecimento de limites, a prevalência de um direito sobre o outro, quando absolutamente necessário para a resolução do conflito" (ALVARENGA, 2010, p. 4).

Aqui se faz necessário a ponderação dos direitos fundamentais aplicados, preponderando aquele que mais protege a sociedade como um todo, não se podendo renunciar inteiramente de nenhum dos direitos que se opõem entre si (GIACOMINI, 2013, p. 135).

Por fim, acrescenta-se que, caso o empregador concorde com o uso do correio eletrônico corporativo com propósito íntimo, tudo quanto é tese descrita acima sobre o e-mail corporativo não é aplicável (MACIEL, 2005, p. 5).

4.4 RESPONSABILIDADE INERENTE AO ENVIO E AO RECEBIMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO

²⁴ Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

No tocante ao envio do correio eletrônico corporativo, necessário informar que tal ato é observado como se a empresa em si fosse sua remetente, assim, como é o empregador quem responde pelos danos praticados pelos empregados à empresa, este tem interesse em saber o conteúdo das mensagens enviadas, com o intuito de evitar eventuais acontecimentos que violem a imagem e a reputação da mesma (LEAL JÚNIOR et. al., 2007, p. 76).

Quanto ao monitoramento dos e-mails recebidos pelos empregados, vale-se observar, uma vez sendo sua matéria fornecida por terceiros, não empregados, se é aplicado direito à intimidade neste caso (LEAL JÚNIOR et. al., 2007, p. 77).

Uma parte da doutrina entende o monitoramento do correio eletrônico recebido pelos empregados como invasão à privacidade de terceiros, uma vez que estes não possuem ciência das regras internas da empresa com a qual se relacionou, caracterizando direito ao recebimento de danos morais e/ou materiais por interferir na esfera íntima de terceiros (LEAL JÚNIOR et. al., 2007, p. 77).

Outra parte da doutrina entende o ato de monitorar os e-mails recebidos como legítimo, sendo que, uma vez utilizando-se a empresa do email empresarial para envio de mensagens, terceira pessoa recebedora proporciona tacitamente seu aceite para ciência pela empresa da matéria a ela enviada. Isso é explicado pelo fato de o empregado só poder utilizar do e-mail corporativo para fins empresariais. (LEAL JÚNIOR et. al., 2007, p. 77).

Neste último caso, deve-se observar que terceira pessoa que envia e-mail para empregado utilizador de correio eletrônico corporativo encontra-se em comunicação com a empresa como um todo, uma vez que citado correio eletrônico é de propriedade da empresa e não do empregado que o utiliza somente como dispositivo laboral (LEAL JÚNIOR et. al., 2007, p. 77).

Passa-se, pois, à análise jurisprudencial, a qual coloca em prática as teses comunicadas até aqui.

4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Importante se faz a análise dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, bem como do Tribunal Regional do Trabalho da primeira região, no período entre os anos de 2013 a 2015.

É de entendimento do Tribunal Superior do Trabalho que, uma vez proibida à utilização do correio eletrônico para uso pessoal por meio de documento expresso, o funcionário não deve possuir esperança de intimidade decorrente da referida utilização de e-mail em ambiente trabalhista (BELMONTE, 2015, p. 9), conforme dispõe a ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. PROVA ILÍCITA. Nenhum dos dispositivos declinados como violados, incluindo-se o art. 5º, XII, da CF, disciplina a matéria inerente à ilicitude da prova para que se possa reputar violado. Além disso, a ilicitude da obtenção da prova pressupõe inobservância de norma disciplinadora, o que não sucedeu. Sob o prisma de violabilidade do sigilo dos e-mails, tampouco há falar em violação do art. 5º, XII, da CF, por se tratar de e-mail corporativo e não privado, meio de comunicação disponibilizado pelo empregador apenas para uso profissional conforme normas internas de conhecimento do empregado e com "expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade na sua utilização (item 6.1 - fl. 176)", conforme notícia o acórdão regional. JUSTA CAUSA. (...) (AIRR - 1461-48.2010.5.10.0003, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/02/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015)

Acrescenta-se que, uma vez inexistindo anterior esclarecimento por parte do empregador, mediante documento hábil, de que o correio eletrônico corporativo pode ser alvo de monitoramento, não há que se falar em aplicabilidade de sanção ao empregado (ABENSUR, 2014, p. 6), conforme se extrai do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE EMAIL CORPORATIVO. FALTA GRAVE NÃO CONFIGURADA. (...). (AIRR - 51-85.2012.5.02.0203, Relatora Desembargadora Convocada: Vania Maria da Rocha Abensur, Data de Julgamento: 20/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014)

Ademais, no caso descrito abaixo se vê uma potencial discordância jurisprudencial, uma vez que o juízo *a quo* entendeu pela não aplicação de danos morais em proveito do empregado, pois o direito ao sigilo da correspondência do empregado não obsta o monitoramento do correio eletrônico quando o subordinado o utiliza de maneira excessiva (SCHEUERMANN, 2014, p. 4). Já o juízo *ad quem* entendeu que o fato do empregador vistoriar os correios eletrônicos enviados e recebidos pelo empregado desrespeitou o sigilo da correspondência e o direito à intimidade do trabalhador, uma vez que citado correio eletrônico possuía caráter

pessoal (SCHEUERMANN, 2014, p. 9), conforme se extrai da ementa do TST a seguir transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. PROGRAMA DE MENSAGEM INSTANTÂNEA (MSN). ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS E RECEBIDAS PELOS EMPREGADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA. ABUSO DO PODER DIRETIVO. 1. Hipótese em que o Colegiado de origem concluiu que o acesso, por parte do empregador, ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas pelos reclamantes via MSN, não enseja o pagamento de indenização por danos morais, registrando que -o direito ao sigilo da correspondência assegurado constitucionalmente não pode servir de arrimo para que o trabalhador troque diariamente por tempo considerável correspondência via MSN com colega de serviço, pois a máquina colocada à sua disposição tem como objetivo a atividade profissional-. 2. Violação do art. 5º, X e XII, da Carta Magna, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos moldes do art. 896, -c-, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. PROGRAMA DE MENSAGEM INSTANTÂNEA (MSN). ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS E RECEBIDAS PELOS EMPREGADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA. ABUSO DO PODER DIRETIVO. 1. O empregador, no âmbito do seu poder diretivo (art. 2º da CLT), pode adotar medidas a fim de assegurar o cumprimento pelos empregados do seu compromisso de trabalho e de proteger a sua propriedade. Deve fazê-lo, contudo, sempre respeitando os direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais está incluído o direito à intimidade. 2. No caso dos autos, é incontroverso que o empregador, na tentativa de recuperar determinado documento, acessou um dos computadores utilizados no ambiente de trabalho e, na oportunidade, fez a leitura das mensagens trocadas entre os reclamantes via MSN, sem a autorização dos mesmos. 3. Tais fatos evidenciam que o poder diretivo foi exercido de forma abusiva, mediante a utilização de práticas que importaram em ofensa ao direito à intimidade e ao sigilo da correspondência, assegurados nos arts. 5º, X e XII, da Carta Magna. 4. Com efeito, a comunicação via MSN - ainda que estabelecida durante o horário de trabalho, por meio de computador fornecido pela empresa -, por ostentar natureza estritamente pessoal, é inviolável, não sendo possível o exercício, pelo empregador, de qualquer tipo de controle material, ou seja, relativo ao seu conteúdo. 5. Nesse contexto, em que os atos praticados pelo empregador não se encontravam dentro de seu poder diretivo, traduzindo-se em violação dos direitos de personalidade dos reclamantes, resta configurado o dano moral passível de indenização. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 4497-69.2010.5.15.0000, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 26/02/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014)

Quanto ao correio eletrônico pessoal, entende o Ministro João Oreste Dalazen em seu julgado de número 61300-23.2000.5.10.0013:

"No caso de "e-mail" particular ou pessoal do empregado — em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador — ninguém pode exercer controle algum **de conteúdo** das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão

não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em e-mail particular." (2005, p. 12).

No que se relaciona ao envio de e-mail pelo empregado de matérias confidenciais da empresa, tal ato gera a correta aplicação de falta grave por ter o empregado descumprido com norma empresarial e conseqüente demissão por justa causa (CUNHA, 2014, p. 8), conforme se extrai da decisão do TRT da 1ª Região:

JUSTA CAUSA. Provado o repasse à concorrente de dados sigilosos da empresa reclamada, resta configurado o justo motivo para a dispensa do autor. (Recurso Ordinário - 00017617020125010203, Relatora Desembargadora: Angela Fiorencio Soares da Cunha, Data de Julgamento: 26/02/2014, 4ª Turma, Data de publicação: 29/08/2014).

Nesse contexto, Angela Fiorencio Soares da Cunha declara:

"ser o e-mail corporativo ferramenta de trabalho do empregado (...), cujo monitoramento é, e deve ser, de total controle pelo empregador. Tendo havido extrapolação injustificada, por parte do empregado, em sua utilização, vislumbra-se haver justo motivo para a dispensa excepcional, por quebra da confiança necessária à continuidade da relação de emprego." (2014, p. 8).

Ainda, vale ressaltar que o ato do empregado de enviar mensagens particulares mediante correio eletrônico corporativo com conteúdo impróprio, uma vez proibido expressamente pelo empregador o envio e recebimento de mensagens pessoais, punições disciplinares são aplicáveis pois, cabe ao empregado utilizar o e-mail adequadamente com o escopo a que ele se determina, ou seja, estritamente trabalhista, sendo que é o empregador quem responde pelos atos realizados por seus funcionários (art. 932, III, do Código Civil) (PEREIRA, 2013, p. 12, 13 e 14).

É o que o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo:

(...) JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO. O correio eletrônico corporativo é ferramenta de trabalho que deve ser utilizada de forma segura e adequada, respeitando-se os fins a que se destina. A divulgação de mensagens impróprias justifica o desfazimento do pacto laboral. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (...) (AIRR - 476-79.2010.5.09.0594 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 20/03/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013)

Por fim, pode-se concluir diante deste estudo que os direitos à intimidade, à privacidade e ao sigilo de correspondência do empregado, bem como o direito ao poder de direção do empregador não possuem caráter incondicional e absoluto, assim, deve-se utilizar da razoabilidade e da ponderação nos casos concretos, para decifrar a ofensa ou não dos direitos constitucionais concebidos aos empregados (MANTOVANI JÚNIOR; SILVA, 2009, p. 245).

5 CONCLUSÃO

A presente monografia propiciou a observância da proteção ao equilíbrio dos direitos inerentes ao empregado e ao empregador concedida pelo direito do trabalho.

Explicito é a influência que o direito do trabalho possui sobre os direitos da personalidade do empregado, quais sejam os direitos à dignidade da pessoa humana, à personalidade, à vida privada, à intimidade, e ao sigilo de correspondência, bem como ao poder de direção do empregador e seu direito à propriedade.

Assim, o direito trabalhista aplica o conflito de direitos aqui estudados de forma proporcional, para que nenhuma das partes saia prejudicada excessivamente do contrato trabalhista com o ato arbitrário do outro.

De um lado encontra-se os direitos fundamentais do empregado, quais sejam, o direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo de correspondência, insculpidos no art. 5º, incisos X e XII, da Carta Magna de 1988, os quais protegem as informações pessoais e sigilosas do empregado frente ao empregador, por meio de garantias constitucionais de inviolabilidade do correio eletrônico.

Em contrapartida depara-se com o poder diretivo do empregador, ao qual muitas vezes é garantida a fiscalização do e-mail enviado e recebido por seu empregado em ambiente trabalhista, pois é ele quem se responsabiliza pelos atos e danos causados por seus trabalhadores à empresa, conforme dispõe a Súmula 341, do STF e o artigo 932, inciso III, do Código Civil.

Quanto ao monitoramento do correio eletrônico pessoal, a nossa doutrina atual possui o entendimento de que ele é inviolável, ou seja, não pode ser monitorado pelo empregador. Porém, há a possibilidade do empregador aplicar restrições a sua utilização em ambiente trabalhista, bem como existem algumas exceções quanto a sua inviolabilidade, como por exemplo nas hipóteses de decisão judicial, quando o empregado assim o permite ou, ainda, quando houver fundada suspeita de desempenho de ato proibido legalmente ou irregular por parte do empregado.

No tocante à fiscalização do e-mail corporativo, predomina a prática do poder de direção do empregador e sua defesa patrimonial frente aos direitos fundamentais do empregado. Isso ocorre pois, utilizando-se do princípio da

proporcionalidade se observa que a parcial redução do direito do direito à intimidade do empregado prejudica muito menos o empregado do que o empregador, se fosse extraído o seu poder diretivo e o seu direito à propriedade do contrato laboral.

Caso o empregador resolva realizar o monitoramento do correio eletrônico corporativo em ambiente trabalhista, deve este notificar os trabalhadores da possibilidade de realização de tal ato mediante cláusula contratual, normas coletivas, informativos internos da empresa, e até mesmo de seu regulamento.

Vale salientar que o monitoramento do correio eletrônico corporativo somente pode ocorrer pois ele é visto como instrumento de trabalho, e, assim, não possui o empregador intenção de interferir na vida privada de seu trabalhador e sim de proteger sua propriedade, conservando o sigilo dos fatos proporcionados na empresa, e, ainda, devido à possibilidade dos e-mails enviados e recebidos inadequadamente no labor poderem causar impacto econômico negativo à empresa, gerando lesão à integridade e à efetivação da sua atividade principal.

Nesse sentido, conclui-se que o contrato trabalhista deve ser moldado pelo princípio da boa-fé contratual, portanto, em função dos direitos da personalidade garantidos constitucionalmente ao empregado e ao poder diretivo relativo ao empregador não serem absolutos, é utilizado do juízo de ponderação para aplicar a melhor saída relacionada ao conflito existente entre o monitoramento do correio eletrônico pessoal e corporativo realizado em ambiente trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8096>. Acesso em: 25 maio 2015.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AVILA, Priscilla de Oliveira Pinto. **Exercício do direito à intimidade no ambiente de trabalho: Limites ao poder diretivo do empregador**. São Paulo, SP. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. Orientador Professor Doutor Estêvão Mallet. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-12092012-160324/pt-br.php>>. Acesso em: 25 maio. 2015.

BARROS, Alice Monteiro, **Curso de Direito do Trabalho**, 4. Ed. São Paulo: LTR, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTR, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 nov. 2014a.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 09 nov. 2014c.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 09 nov. 2014b.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região**. RO 0001761-70.2012.5.01.0203, SECRETARIA DA 4ª TURMA, Relatora Desembargadora: Angela Fiorencio Soares da Cunha, Data de Julgamento: 26/02/2014, 4ª Turma, Data de publicação: 29/08/2014. Disponível: <http://www.trt1.jus.br> Acesso em: 26/05.2015.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. AIRR - 51-85.2012.5.02.0203 , Relatora Desembargadora Convocada: Vania Maria da Rocha Abensur, Data de Julgamento: 20/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br> Acesso em: 26/05/2015.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. AIRR - 476-79.2010.5.09.0594 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 20/03/2013,

3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br> Acesso em: 26/05/2015.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. AIRR - 1461-48.2010.5.10.0003 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/02/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br> Acesso em: 26/05/2015.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR - 4497-69.2010.5.15.0000 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 26/02/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br> Acesso em: 26/05/2015.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR - 61300-23.2000.5.10.0013 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br> Acesso em: 26/05/2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, jul./set. de 2007. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/joana_carneiro/joana_carneiro_monitoramento.pdf Acesso em: 23 maio 2015.

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT: legislação complementar/jurisprudência**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DEXHEIMER, Bianca Maria Sebbem Lima. **O monitoramento do e-mail do empregado e a restrição ao direito à intimidade**. Monografia; Aperfeiçoamento/Especialização em direito. Orientador: Rodrigo Goldschmidt. Universidade do Planalto Catarinense, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=705f217283466678> Acesso em 09 de jun. de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GIACOMINI, Mariana. O Monitoramento do e-mail Corporativo e o Poder de Comando Patronal. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 4, p.117-146, 2013. Disponível em:

<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2013/Direito_do_Estado_em_Debate_para_Distribuicao_Web_parte_005.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KRULY, Laís Beatriz. **Direito à intimidade do empregado e poder diretivo do empregador: o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. 79 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

LEAL JÚNIOR, João Carlos et al. Monitoramento do Correio eletrônico em ambiente de trabalho: o conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade de seu preposto. **Semina: Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 28, n. 1, p.69-80, jan./jun. 2007. Disponível em: < file:///C:/Users/Manoela/Downloads/3775-12653-1-PB.pdf> Acesso em: 09/06/2015.

MACIEL, Eucymara. **Monitoramento de e-mail do empregado pelo empregador - reflexões sobre o tema**. 10. ed. Campinas/SP, 2005. Disponível em: < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/336>> Acesso em 25 mai. 2015.

MANTOVANI JUNIOR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. O direito a intimidade do empregado e a possibilidade do monitoramento de e-mails por parte do empregador. **Revista Jurídica Cesumar: Mestrado**, Maringá, v. 9, n. 1, p.223-250, jan./jun. 2009 - ISSN 1677-6402. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/860/750>>. Acesso em: 25 maio 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada: com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. . **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. atual. até a EC n.67/10 e Súmula V São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito constitucional**. 30. ed., rev. atual. até a EC nº 76/13 São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Camila Monego; CAVALHEIRO, Marcelo Barroso; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. Conflito de direitos fundamentais no uso do e-mail no ambiente laboral. **Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, Santa Maria, p.1-11, 30 maio 2012. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/23.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3486>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

PELUSO, Cesar. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002 : contém o Código Civil de 1916 / coordenador Cezar Peluso**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed., rev. atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

SILVA, Guilherme Augusto Pinto da. O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador: o caso da inviolabilidade do correio eletrônico. **XI Salão de Iniciação Científica PUCRS: Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul - FAPERGS, Porto Alegre, p. 2259-2271, 09 a 12 de ago. 2010. Faculdade de Direito, PUCRS. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/XISalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/83504-GUILHERMEAUGUSTOPINTODASILVA.pdf> Acesso em 09/06/2015.**

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas : difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: Editora LTR, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba, PR: Juruá, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.