UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Elisabete Gornicki Schneider

**O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
À LUZ DO DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO À INTIMIDADE**

CAXIAS DO SUL

2006

ELISABETE GORNICKI SCHNEIDER

**O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
À LUZ DO DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO À INTIMIDADE**

Dissertação apresentada à
Universidade de Caxias do Sul
como requisito parcial para a
obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wilson
Antônio Steinmetz

CAXIAS DO SUL

2006

ELISABETE GORNICKI SCHNEIDER

**O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
À LUZ DO DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO À INTIMIDADE**

Dissertação apresentada à
Universidade de Caxias do Sul
como requisito parcial para a
obtenção do grau de Mestre em
Direito.

APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA

Caxias do Sul, de de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz

Para Flavio, meu marido, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, minha gratidão, pela oportunidade concedida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Wilson Antônio Steinmetz – exemplo de cordialidade –, pela atenção dedicada a esta dissertação.

Aos Professores Doutores Carlos Alberto Gomes Chiarelli, José Luiz Ferreira Prunes, Sérgio Augustin, Leonel Severo Rocha, Anderson Lobato e Jayme Paviani, pelos ensinamentos que construíram esta caminhada.

Aos meus colegas de Mestrado, em especial à Poliana Debiasi, pelo companheirismo em todos os momentos.

Aos meus filhos, Felipe e Tiago e ao meu marido Flavio, pelo apoio, incentivo e afeto.

RESUMO

O estudo trata das normas – princípios e regras – da questão do monitoramento do correio eletrônico corporativo, fornecido pelo empregador ao empregado, como ferramenta de trabalho. Após breve exposição sobre o desenvolvimento e avanço tecnológico na área da informática, é abordado o impacto da era virtual nas relações de trabalho. Na segunda parte se faz referência aos direitos e princípios constitucionais que tutelam empregados e empregadores e as colisões desses princípios. No terceiro capítulo examinam-se os direitos fundamentais no contrato de trabalho, os problemas de compatibilização dos direitos de empregados e empregadores, o princípio da proporcionalidade e a solução do conflito desses princípios. No quarto capítulo se examina, perfunctoriamente, a questão do monitoramento dos equipamentos eletrônicos em outros países, algumas decisões judiciais de nossos Tribunais que fizeram alusão direta ou indireta às questões ligadas ao monitoramento dos equipamentos eletrônicos dos empregados e se apontam as soluções pesquisadas na doutrina com vistas a minimizar possíveis violação de direitos fundamentais dos empregados.

Palavras-chave: correio eletrônico; relações de trabalho; direitos fundamentais; poder diretivo.

ABSTRACTS

This study treats the electronic mail norms monitoring – principles and rules, supplied by the employer to the employee as a tool work. After a brief exposition about the development and technological advance in the informatics area, the impact of the virtual age on the working relationships is approached. In the second part, a reference on the rights and constitutional principles which manage employers and employees is done. On the third chapter, the fundamental rights on the working contract, the compatibility problems between the rights of the employers and employees, the proportionality principle and the solution of the conflict of such principles are approached. The fourth chapter brings the monitoring on the electronic equipments in other countries issue, some judicial decisions of our tribunals which have done direct or indirect allusion to the issues related to the employees' electronic equipments monitoring. This chapter also points out the solutions researched in the doctrine with the objective of minimizing possible fundamental rights violations in the working relationships.

Key- words: Electronic Mail Norms. Working Relationships. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	IMPACTO DA ERA DA INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	13
2.1	.. O ADVENTO DA INTERNET E DO E-MAIL NO AMBIENTE DE TRABALHO.....	13
2.2	.. A NATUREZA DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO	19
2.3	.. A PROTEÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA E O CORREIO CORPORATIVO	24
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS DE EMPREGADOS E EMPREGADORES	30
3.1	.. A TUTELA INFRACONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL DE EMPREGADOS E EMPREGADORES	30
3.2	.. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E PROPRIEDADE	40
3.2.	Intimidade e vida privada	40
1		
3.2.	Direito de propriedade	46
2		
4	A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
4.1	.. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTRATO DE TRABALHO	52
4.2	.. PROBLEMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS E EMPREGADORES	54

		
4.3	ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS COMO NORMAS	56
4.4	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	62
4.5	A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE PRINCÍPIOS	66
5	O MONITORAMENTO DO CORREIO	72
	ELETRÔNICO.....	
5.1	A QUESTÃO EM OUTROS PAÍSES.....	72
5.2	A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	76
5.2.1	Tribunal Superior do Trabalho	76
5.2.2	Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - 2ª Turma	78

5.2.	Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – 1ª	79
3	Turma.....	
		
5.3	POSICIONAMENTOS DA	80
	DOCTRINA.....	
5.3.	Possibilidades de	80
1	controle	
5.3.	Regras	e 84
2	procedimentos	
6	CONCLUSÃO.....	87
	REFERÊNCIAS	90
	OBRAS	97
	CONSULTADAS.....	
	ANEXO A - Processo: 13.000613/2000	10
		1
	ANEXO B - Acórdão Inteiro Teor (NÚMERO ÚNICO PROC: RR	
	- N613/2000- 013- 10-	10
	0).....	8
	ANEXO C – Acórdão Inteiro Teor (NÚMERO ÚNICO PROC:	
	ED-RR - 613/2000- 013- 10-	12
	00.....	6
	ANEXO D – Acórdão do processo número: 00782- 2002- 023-	13
	04- 00- 9 (RO).....	1
	ANEXO E – ACÓRDÃO N°: 20050881099 (PROCESSO N°:	
	02771- 2003- 262- 02- 00-	13
	4).....	9
	ANEXO F – Processo: 00697- 2005- 801- 10- 00- 9 RO	14
		2

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo é uma análise jurídica do uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho.

O tema tem sua importância marcada pela histórica busca da sociedade em regulamentar as relações laborais no sentido de minimizar o célebre conflito entre capital e trabalho.

Seguindo essa proposta, iniciaremos a pesquisa com a análise do ordenamento jurídico brasileiro, o qual busca a proteção da pessoa do trabalhador, passando pela análise do ordenamento no qual o empregador justifica a possibilidade da realização do monitoramento na busca da proteção de seu patrimônio.

Analisaremos a ordem jurídica brasileira na parte que tutela os direitos da personalidade, no que tange à intimidade e à vida privada das pessoas, partindo da premissa de que a Constituição Federal vigente lhes confere *status* de direitos fundamentais e assegura sua proteção e a impossibilidade de sua limitação ou mesmo abolição da ordem jurídica.

As relações de trabalho se caracterizam pela subordinação do empregado ao poder diretivo do empregador, conferindo a este o poder que vai desde dirigir a prestação pessoal dos serviços, fiscalizando a atividade do empregado em conformidade com as ordens dadas, até a faculdade de lhe aplicar sanções. É inegável a obrigação do empregado de se deixar dirigir pelo empregador, segundo os fins a que este se propõe alcançar na atividade econômica. Por outro lado, é inegável a faculdade de o empregador utilizar-se da força de trabalho do empregado, no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu. Todavia, o poder diretivo do empregador deve obedecer a limitações, dentre as quais o respeito à intimidade e à vida privada de seus empregados.

O avanço da informática foi consagrado com a disseminação da internet, que possibilita a comunicação entre vários usuários através da rede mundial de computadores. Esses modernos recursos tecnológicos têm sido largamente utilizados, especialmente no ambiente de trabalho, pois as empresas têm disponibilizado tais equipamentos aos empregados para o exercício profissional. Ocorre que, face à responsabilidade que pode ser imputada à empresa em razão do uso indevido, os empregadores passaram a monitorar o correio eletrônico dos empregados, o que tem gerado inúmeras discussões no que tange aos limites estabelecidos para o exercício do direito de empregadores e o reflexo no direito dos empregados.

Considerando a influência da internet e do correio eletrônico nas relações laborais, discutem-se os atos e fatos decorrentes dessa nova realidade, bem como as repercussões no direito do trabalho. A questão vem sendo amplamente discutida em função de estar havendo a chamada colisão de direitos. De um lado, há o direito de propriedade do empregador, que disponibiliza ao empregado a ferramenta de trabalho; de outro, o direito à intimidade do trabalhador. Assim, colocam-se em confronto o princípio de propriedade e o da intimidade; o poder diretivo do empregador e o direito de proteção do empregado – detentor de direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, trata-se do impacto do advento da internet e do correio eletrônico no ambiente de trabalho, analisando-se a questão da necessidade de fiscalização dos equipamentos no uso corporativo. Analisa-se a equiparação da mensagem eletrônica ao correio tradicional e a questão da inviolabilidade do sigilo de correspondência.

No segundo capítulo, examinam-se os direitos fundamentais no contrato de trabalho, de empregados e empregadores, frente à fiscalização do correio eletrônico. Fala-se a respeito de princípios protetivos do empregado e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. A seguir, examina-se o direito de o empregador regular o uso de

bens de propriedade da empresa, decorrente do poder diretivo para dirigir a prestação de serviços dos seus empregados e o direito de propriedade. Identificam-se os princípios de proteção de empregado e empregador e a colisão desses princípios.

O terceiro capítulo tem por objeto as formas de resolução da colisão desses princípios, analisando-se o conteúdo normativo dos direitos de empregados e empregadores, os problemas de compatibilização desses direitos, o princípio da proporcionalidade e a solução da colisão dos princípios.

Por fim, o quarto capítulo examina, perfunctoriamente, o monitoramento dos equipamentos eletrônicos em outros países e a tendência da jurisprudência brasileira nos julgamentos levados para apreciação do Poder Judiciário. A seguir, examinam-se as conclusões e sugestões dos artigos pesquisados. A seguir, apontam-se medidas que podem ser implementadas para harmonizar os interesses de empregados e empregadores. Sugerem-se regras e alternativas de modo a evitarem-se conflitos no ambiente laboral, através de uma política transparente para o monitoramento das ferramentas de trabalho.

A questão provoca inúmeras discussões, porque não se trata apenas de discutir a dicotomia entre o direito de propriedade do empregador *versus* o direito à intimidade do empregado. Muitas vezes, para efetivação de um direito, pode acontecer o confronto direto com outro que tem a mesma hierarquia como direito fundamental consagrado no ordenamento jurídico. Como se trata de discussões recentes, ensejam inúmeras dúvidas, uma vez que os fatos decorrentes não possuem regramento específico. Não temos uma legislação que regule expressamente os conflitos decorrentes do crescente avanço da era virtual e o impacto no ambiente de trabalho.

2 IMPACTO DA ERA DA INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1 O ADVENTO DA INTERNET E DO E-MAIL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O desenvolvimento tecnológico trouxe inúmeros benefícios para a humanidade, especialmente a informática, que ocupa papel de destaque no mundo da era digital em tempos de globalização. Dentre os avanços tecnológicos, está a internet¹, a maior rede de comunicação e transmissão de dados através de computador, com um programa de comunicação e um *modem* para a linha telefônica.

A internet foi criada no ano de 1969, a partir do projeto denominado de ARPANET.² Foi projetada para ser uma rede de computadores para fins de proteção militar, para

¹ A internet foi baseada na idéia de múltiplas redes independentes de desenho arbitrário, começando com a ARPANET, como rede pioneira de trocas de pacotes, mas logo incluindo redes de satélites, de rádio. A Internet como conhecemos hoje incorpora uma idéia-chave: rede de arquitetura aberta. A internet a partir de 1985 estava estabelecida como uma comunidade de suporte de pesquisadores, começando a ser usada por outras comunidades para comunicações diárias pelo computador. O correio eletrônico já estava sendo usado por muitas pessoas, freqüentemente com sistemas diferentes, mas a interconexão entre os diferentes sistemas de correio foi demonstrando a utilidade de comunicação eletrônica entre as pessoas. Assim, através das duas décadas da Internet, nós temos visto uma estável evolução das estruturas para suportar e facilitar uma sempre crescente comunidade trabalhando colaborativamente em assuntos ligados à Internet. A Internet representa um dos mais bem sucedidos exemplos dos benefícios da manutenção do investimento e do compromisso com a pesquisa e o desenvolvimento de uma infra-estrutura para a informação. Começando com as primeiras pesquisas em trocas de pacotes, o governo, a indústria e o meio acadêmico tem sido parceiros na evolução e uso desta nova tecnologia. Hoje, termos como nome@nomedeempresa.com.br ou nome@nomedeempresa.com.br, no caso do Brasil e <http://www.nome de empresa.com> ou <http://www.nome de empresa.com.br>, no caso do Brasil são usados diariamente por milhões de pessoas. (HISTÓRIA da internet. Recife: A.I.S.A., [200]. Disponível em: <<http://www.aisa.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2006. Publicada originalmente como: A Brief History of the Internet por Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts e Stephen Wolff).

² NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática: algumas considerações. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, MG, v. 8, n. 8, p. 99-106, 2005.

interligar a rede de comunicação das estações de defesa com as universidades, para que resistissem a bombardeio nuclear.

Segundo Nojiri,

posteriormente, foi utilizada para distribuir informações entre cientistas em universidades e laboratórios de pesquisa. Apesar da existência de uma enorme gama de informações disponíveis na rede, o usuário encontrava dificuldades para acessá-las, pois não dispunha de um sistema que permitisse a seleção daquele documento que lhe interessava. [...] A internet, hoje, caracteriza-se como uma das mais importantes ferramentas para a comunicação e troca de informações, incluindo-se, aí, uma nova rota de comercialização de bens e serviços. ³

No entanto, conforme Paiva,

trata-se de um invento de Ray Tomlison de 1971, que foi desenvolvido por meio do envio de uma mensagem entre dois computadores, um ao lado do outro, em um quarto de Cambridge, Massachusetts. Para diferenciar o nome do usuário no computador em que trabalhava, socorreu-se à arroba @, que, em inglês, significa *at* (em tal lugar); pois o signo teria pouco uso e não se confundia com outras instruções. Naquele momento, não foi dada a devida importância à invenção do engenheiro Tomlison, que não comunicou seu descobrimento a seu chefe 'porque poderia considerar perda de tempo'. ⁴

A Portaria 148/95 do Ministério das Comunicações define internet como o nome genérico que designa o conjunto de

³ Segundo Nojiri, em março de 1989, no CERN (*Conselho Europeu de Pesquisas Nucleares*, hoje denominado *European Laboratory for Particle Physics*), Tim Berners-Lee, do Laboratório Europeu de Física de Gênova, propôs o desenvolvimento do sistema de hipertextos, para interligar todas as informações disponíveis nas redes de computadores de todo o mundo. Os hipertextos são documentos que possibilitam o acesso e transferência de outros documentos, textos e informações disponíveis, de um para outro computador conectado a rede, ao se clicar o mouse em palavras, figuras ou ícones, chamados de *links*. O projeto de Tim Berns-Lee possibilitou o surgimento da WWW (World Wide Web) e também da INTERNET – INTERACTION ou INTERCONNECTION BETWEEN COMPUTER NETWORK (NOJIRI, 2005, p. 101).

⁴ PAIVA, Mário Antonio Lobato de. E-mail no ambiente de trabalho. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 155, p. 19-25, maio 2002a. p. 20.

redes, meios de transmissão e equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nesses computadores.⁵ Através da rede de computadores, é possível estabelecer contato com qualquer parte do mundo, apenas conhecendo o endereço eletrônico do destinatário. O e-mail é considerado o modelo de comunicação eletrônica da era virtual. Na descrição de Ferreira,⁶ esse novo meio de comunicação, que representa uma evolução dos modelos tradicionais, faz parte de um ambiente sem parâmetros de similaridade. A progressiva expansão dessa comunicação acarretou transformações nas relações sociais, econômicas e laborais, pois a internet⁷ revolucionou os modos de produção e difusão de informações.

Desde então, as empresas passaram a investir quantias vultosas em tecnologia na implantação de equipamentos, a fim de aumentar a produtividade e diminuir os custos de produção. A internet passou a ser utilizada como meio de comunicação, em substituição aos meios tradicionais, como o correio, telefone, fax. Juntamente com a internet, surge a rede corporativa interna, denominada de *Intranet* e a rede corporativa externa, *Extranet*, ambas fechadas, em que os usuários contam com serviços semelhantes à internet onde podem ou não ter acesso à rede.⁸

5 FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Correio eletrônico corporativo: aspectos jurídicos. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, ano 29, n. 110, p. 13- 29, abr./jun. 2003.

6 Ibid.

7 Segundo Bacellar, a *Internet* pode ser conceituada “[...] como uma rede na qual todos os pontos se equivalem e não há comando central. Antigamente apenas interligava as universidades e centro de pesquisa. Em 1987, foi liberada pela primeira vez para uso comercial. No Brasil, essa liberação só ocorreu em 1995. Em 1992, com o surgimento das primeiras empresas provedoras de acesso nos Estados Unidos, a rede começou a se popularizar.” (BACELLAR, Margareth de Freitas. *O direito do trabalho na era virtual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 72- 73).

8 É o que se verifica no texto de Souza: “trata-se a Net de um sistema aberto, de domínio público, com a natureza impessoal e abstrata, que gera comunicação remota (*on line*) entre equipamentos, eis que configura meio de transmissão. Nela a comunicação é completamente horizontal, onde todo mundo pode falar com todo mundo. Como alertam estudiosos, a *Internet* é o acontecimento mais importante desde a invenção da impressão

O e-mail (*eletronic mail*) ou correspondência eletrônica permite aos usuários se comunicar com baixo custo, enviando e recebendo mensagens, através de um *software* de correio eletrônico, instalado no computador e interligado a uma rede de telecomunicação seja através de telefone ou cabo.⁹

Vargas¹⁰ afirma que nos Estados Unidos “[...] em 1996, mais de 25 milhões de pessoas usavam correio eletrônico e, em 2002, mais 40 milhões. Uma parte considerável dos usuários são empregados que utilizam o computador da empresa.” Segundo Nojiri, “[...] pesquisa realizada em fevereiro de 2002 apontava que 21% dos domicílios brasileiros tinham acesso a 13,08 milhões de pessoas, 48,6% a mais que o ano anterior.¹¹

Dentre os inúmeros questionamentos provocados com o advento da internet, há os que dizem respeito à dimensão físico-territorial, pois as relações travadas pela *internet* se realizam num espaço cibernético. Assim, para Nojiri,

[...] a preocupação com o desenvolvimento da internet é evidente. Para o Direito, além da agilidade que ela proporciona às relações travadas entre seus usuários, surge o problema da ausência de territorialidade. Na internet, como se sabe, as relações ali travadas não se realizam em uma dimensão físico-territorial, mas em um espaço cibernético, chamado de ‘cyberspace’, eminentemente virtual. Esse problema da territorialidade, reflexo do princípio da soberania, sempre foi, para os operadores jurídicos tradicionais, um dos

por Gutenberg, eis que revolucionou os modos de produção e difusão de informações, o que ainda tem causado muita discussão nos dias atuais, pois poucos estão preparados para abordar o tema sem preconceitos, sem desligar-se do que existia antes, sem considerar que o mundo virtual trouxe inovações.” (SOUZA, Mauro Cesar Martins de. E-mail (...Net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do emprego. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 7, p. 863- 871, jul. 2000, p. 863.

⁹ Ibid.

¹⁰ VARGAS, Luiz Alberto de. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 61- 76, jan./mar. 2002. p. 61.

¹¹ NOJIRI, 2005, p. 101.

As novas tecnologias modificaram o modo como se desenvolviam as atividades comerciais e laborais, pois as empresas passaram a utilizar estas modernas ferramentas, colocando-as à disposição dos seus empregados. Através da internet, o empregado pôde tornar-se mais produtivo, uma vez que informações valiosas para o desenvolvimento do trabalho acham-se disponíveis de maneira rápida e fácil. As empresas passaram a disponibilizar o correio eletrônico corporativo para tornar o processo produtivo mais fácil e ágil. Ocorre que a adesão à rede mundial acarreta alguns problemas, como segurança e privacidade, já que são manipuladas informações que podem ser acessadas indevidamente.

Outra questão que surge, com o advento da internet no ambiente de trabalho, diz respeito ao mau uso do correio corporativo para fins particulares, além dos fins profissionais a que se destinam, uma vez que o empregador é responsável pelos atos dos empregados perante terceiros segundo norma inserta no art. 932, III, do Código Civil.¹³ Conforme observado por Belmonte, o empregador “[...] pode e deve desenvolver meios de segurança do sistema e de controle formal contra a disseminação de vírus e também para evitar fraudes, concorrência desleal, violação de segredos, abusos sexuais, discriminação e danos morais e materiais a terceiros.”¹⁴

Segundo Vargas¹⁵, o correio eletrônico é um meio de comunicação que oferece pouca privacidade. Observa que

pelas características próprias do trânsito de
mensagens eletrônicas – circulação aleatória

¹² NOJIRI, 2005, p. 102.

¹³ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Correio Eletrônico Corporativo – Aspectos jurídicos. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 29, n. 110, p.p.13- 29, abr./jun.2003, p. 22.

¹⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 9, p. 1041-1042, set. 2004a. p.1038.

¹⁵ VARGAS, 2002, p. 62.

pela rede internet – a pouca confidencialidade do sistema parece ser um dado estrutural. É portanto, bastante inapropriado o paralelo que se faz, quase automaticamente e sem matizes, com o correio convencional.

Compara a confidencialidade de um e-mail a um cartão postal, afastando o paradigma do correio postal. Consoante o referido autor,

isso ocorre porque a mensagem eletrônica transita por um indeterminado número de “paradas” em diversos computadores antes de chegar ao seu destino final. Durante todo esse percurso, a monitorização das mensagens é possível e – o que é mais grave – virtualmente impossível de descobrir.

Os empregadores têm despedido seus empregados por uso indevido de equipamentos eletrônicos, especialmente os casos de acesso a *sites* pornográficos, envio de mensagens ofensivas e pornográficas a terceiros ou a outros empregados, como o caso submetido ao Tribunal Superior do Trabalho¹⁶, do bancário que enviou fotos pornográficas pela internet, conforme se verifica na íntegra do acórdão que consta nos anexos.

¹⁶ O envio de fotos pornográficas pela internet ensejou a justa causa aplicada a empregado de instituição bancária. O Ministro Dalazen, ao analisar a discussão, afirmou que “[...] a estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre *Internet* e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o ‘e-mail’ corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de foto pornográficas.” Segundo o Ministro, constitui expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613/2000- 013- 10- 00 - PROC. Nº TST- RR-613/2000- 013- 10- 00.7. ACÓRDÃO da 1ª Turma. Prova ilícita. “E-mail” Corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Relator: Min. João Orestes Dalazen, 18 de maio de 2005. DJ, Brasília, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2006).

Por outro lado, cabe ao empregado agir com a diligência de um bom trabalhador, rendendo, na prestação de serviço, qualitativa e quantitativamente, atendendo à expectativa legítima do empregador. Naturalmente, a diligência do empregado deve ser avaliada de acordo com a natureza da obrigação, as suas condições pessoais enquanto trabalhador, bem como as circunstâncias de tempo e lugar. Diante disso, o caráter objetivo da diligência, criado em função de um hipotético trabalhador, atenua-se.¹⁷

A internet é usada no trabalho para muitas coisas, além da pesquisas profissionais e trocas de e-mails de negócios. Segundo estudo realizado nos Estados Unidos, enquanto o chefe está distraído, 21% das pessoas divertem-se com *games*, 16% planejam viagens, 10% procuram outro emprego, 3% conversam ou namoram em *chats*, 2% visitam *sites* pornográficos e por aí afora, sem contar as mensagens eletrônicas pessoais ou sem vinculação com o trabalho. Além disso, este tipo de acesso gera riscos como a entrada de vírus na rede, sobrecarga, tornando os computadores mais lentos, podendo, inclusive, paralisar todo o sistema.¹⁸

O empregado, ao navegar na internet durante a jornada de trabalho, utiliza a ferramenta de propriedade da empresa, o que, salvo melhor juízo, acarreta prejuízos aos empregadores que investiram nos modernos recursos tecnológicos para aumentar a produtividade e diminuir os custos de produção. Assim, o uso pessoal e indevido do correio eletrônico pode comprometer a atividade laboral de modo significativo.¹⁹

¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 1.

¹⁸ SOUZA, 2000, p. 865.

¹⁹ Conforme Paiva, “o trabalhador ao utilizar dos meios informáticos por conta da empresa em grande número de ocasiões para fins alheios a sua atividade e comprometendo a atividade laboral de outros empregados, transgrediu a boa-fé contratual, violando os deveres de conduta e cumprimento dos deveres de boa-fé contratual que se impõe ao trabalhador.” (PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O Monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 19, n. 220, p. 50- 57, abr. 2002b. p. 50).

Por força desse uso inadequado, as empresas passaram a adotar medidas de monitoramento dos e-mails, através de programas que registram os sites visitados e a frequência. Os programas filtram e classificam cada palavra que passa pelos e-mails das redes. É possível saber quais empregados recebem e enviam mais mensagens, as mais longas que deixam as redes lentas e trancadas, as de conteúdo comprometedor. Os *softwares* de controle verificam a origem e o destino dos e-mails, o conteúdo dos textos das mensagens e anexos. Os programas compilam os dados baseados nas páginas visitadas, tempo gasto em cada página, número de mensagens eletrônicas e seus tamanhos, conteúdo das mensagens e o tempo gasto em atividades eletrônicas . 20

A transmissão de mensagens pela internet , através do e-mail, circula em diversos computadores no universo virtual sem qualquer proteção que impossibilite o acesso de terceiros, antes de chegar ao seu destinatário final, razão pela qual estaria equiparada ao cartão postal e não se sujeitaria à proteção do sigilo estabelecida no artigo 5º, XII, da Constituição Federal²¹ e na Lei nº 6538/1978²², que regula os serviços postais. A violação do correio eletrônico nas relações de trabalho é um tema muito recente, porque a expansão da informática, com o advento da internet , no ambiente laboral foi muito rápida.²³

20 SOUZA, p. 865.

21 “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.”

22 “Art.5º - O sigilo da correspondência é inviolável. Parágrafo único . A ninguém é permitido intervir no serviço postal ou no serviço de telegrama, salvo nos casos e na forma previstos em lei.”

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

O uso deste novo meio de comunicação, consoante Ferreira ²⁴, evoluiu o conceito de correspondência convencional em razão das características peculiares.

[...] a correspondência não circula através do serviço postal previsto na legislação, posto que trafega pelo sistema operacional do empregador; trata-se de uma ferramenta acessória de titularidade corporativa, cedida ao funcionário em decorrência de relação de trabalho e destinando-se a assuntos de natureza comercial de interesse da empresa [...]

Devido à utilização do correio eletrônico corporativo, desencadeou-se uma série de questionamentos quanto aos aspectos jurídicos que resguardam direitos de empregadores e empregados, especialmente no que diz respeito à natureza técnica e jurídica do correio eletrônico.

2.2 A NATUREZA DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO

A correspondência eletrônica possui características peculiares, pois são transmitidos dados através de um sistema virtual, que passa por inúmeros computadores e provedores antes de chegar ao destinatário, que, para ter acesso às mensagens enviadas, utiliza uma senha. O correio eletrônico pode ser equiparado à correspondência postal ou trata-se de uma simples transmissão de dados em um sistema aberto e sem regras de procedimentos ²⁵?

As comunicações do empregado, a partir da conexão à internet, passam a transitar por rede pública e não-privada,

²⁴ FERREIRA, 2003, p. 14.

²⁵ Segundo Souza (2000, p. 869), “[...] em sendo a Internet uma rede pública aberta, o endereço eletrônico fornecido pela empresa ao empregado para utilização em equipamentos e meio de comunicação dela, ou melhor, as mensagens enviadas/recebidas (em e-mails), seriam informações privadas de domínio restrito do trabalhador? Qual a natureza jurídica dos e-mails? É correspondência? Fechada ou aberta?” Refere ainda que “Mccarthy faz indagação semelhante: ‘Legalmente falando, o e-mail está mais para um telefonema ou para um bilhete?’ É o mesmo que uma copiadora ou um quadro de avisos – ou seja, um equipamento que os empregadores podem regular como bem quiserem – ou mais como um espaço de trabalho, que não podem?”

portanto, dotada de estrutura aberta, razão pela qual o e-mail pode ser entendido como cartão postal e não como carta ou correspondência fechada. 26

A transmissão de dados, via internet, é uma troca de mensagens e de correspondência, em que o destinatário final tem acesso mediante o uso de uma senha. Assim, poderia ser equiparado a uma correspondência convencional.

Para o Ministro Dalazen, a senha pessoal conferida ao trabalhador para acesso de sua caixa de e-mail não visa proteger o empregado do acesso do empregador ao conteúdo das mensagens. Significa o contrário: é para evitar que terceiros – alheios à confiança do chefe – tenham acesso às informações trocadas, muitas vezes, referentes a assuntos internos e confidenciais. 27

A Lei Modelo das Nações Unidas (CNUDMI) sobre Comércio Eletrônico de 1996, segundo Lobato de Paiva, estabelece que, "por mensagem de dados", se entenderá a informação gerada, enviada, recebida e arquivada ou comunicada por meios eletrônicos, óticos ou similares, como podem ser outros, entre outros, o intercâmbio eletrônico de dados (EDI), o correio eletrônico, o telegrama, o telex ou o telefax (art.2, inc. a). 28

Por outro lado, essa modalidade de correspondência virtual não se enquadra em nenhuma das hipóteses estabelecidas na legislação que define o serviço postal em nosso ordenamento jurídico, a Lei nº 6538, de 22.06.1978 29, o que seria

26 VARGAS, 2002, p. 62.

27 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613/2000- 013-10- 00 - PROC. Nº TST- RR- 613/2000- 013- 10- 00.7. ACÓRDÃO da 1ª Turma. Prova ilícita. "E-mail" Corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Relator: Min. João Orestes Dalazen, 18 de maio de 2005. DJ, Brasília, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2006 – Acórdão na íntegra nos anexos.

28 PAIVA, 2002a., p. 20

29 Segundo Ferreira (2003, p. 15-16, grifo da autora) “A Constituição Federal determina a competência da União para manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X). A Lei n. 6538/78, que regula os direitos e obrigações

necessário, segundo Ferreira, para ser equiparado ao correio convencional e ter a garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo de correspondência, intimidade e da vida privada. Para a referida autora, “acatada a hipótese de equivalência à correspondência epistolar, seria necessário o enquadramento nas definições da Lei de serviços Postais, para submeter-se ao preceito constitucional garantidor da inviolabilidade do sigilo da correspondência [...]” Afirmando a seguir: “acolhida a conceituação, trata-se de uma transmissão de dados, em que o acesso às informações somente pode ocorrer mediante prévia autorização judicial, segundo prescreve a legislação vigente [...]”. 30

Sustenta que apesar da ausência de previsão na legislação pátria, admitindo-se que o correio eletrônico fosse uma correspondência postal, mesmo assim a natureza do correio corporativo é diferente do correio eletrônico pessoal. Para Ferreira 31,

esse novo meio de comunicação, que evoluiu o conceito clássico de correspondência, detém características próprias: a correspondência não circula através do serviço postal previsto na legislação, posto que trafega pelo sistema

concernentes ao Serviço Postal no país, prevê que a exploração do serviço pela União se dará através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações (art. 2º), adotando em seu artigo 47 as seguintes definições: *Carta* – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer forma, que contenha informação de interesse específico do destinatário; *Correspondência* – toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama; *Cartão Postal* - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço. Pelas definições acima apontadas, verifica-se que a troca de mensagens por meio eletrônico não se enquadra nas disposições legais que regulam o Serviço Postal, visto que não se sujeita à competência da União e tampouco é explorada por empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.”

30 FERREIRA, 2003, p. 14-15. “Não se encontra pacificada a definição de sua natureza jurídica, residindo divergências quanto ao cabimento da equiparação à correspondência postal ou à transmissão de dados, sendo certo que a importância da distinção decorre da diversidade das conseqüências legais advindas da interpretação adotada [...]”

31 Ibid., p. 16.

operacional do empregador; trata-se de uma ferramenta acessória de titularidade corporativa, cedida ao funcionário em decorrência da relação de trabalho e destinando-se a assuntos de natureza comercial de interesse da empresa

Os direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência – assegurados na Constituição – segundo o Ministro Dalazen, dizem respeito à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Dessa forma, só o e-mail pessoal ou particular do empregado, usando provedor próprio, é protegido pela Constituição em relação à inviolabilidade. Assim, o e-mail corporativo, que lhe é cedido na empresa, destina-se exclusivamente a mensagens de cunho profissional, salvo – outro uso – com consentimento do empregador. Tal instrumento corresponde a uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a execução do serviço da empresa.³²

A inviolabilidade das comunicações dependerá do entendimento em relação à natureza da correspondência eletrônica. Quanto à questão inviolabilidade de comunicações, estabeleceram-se duas categorias distintas de comunicação: a correspondência epistolar – comunicação de caráter inviolável – e as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas – relativamente protegidos pela inviolabilidade, uma vez que sujeitas à interceptação, com o objetivo específico de investigação criminal e instrução processual penal e somente por ordem da autoridade judiciária.³³

Os equipamentos eletrônicos integram o patrimônio da empresa, constituído por todos os elementos de *hardware* e *software*, assim como o ativo de informação, composto de dados e informações dos sistemas e processos. A empresa, ao

³² Nesse sentido foi o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613/2000- 013- 10- 00 - PROC. Nº TST- RR-613/2000- 013- 10- 00.7. ACÓRDÃO da 1ª Turma. Prova ilícita. "E-mail" Corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Relator: Min. João Orestes Dalazen, 18 de maio de 2005. DJ, Brasília, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2006).

³³ FERREIRA, 2003, p. 22.

disponibilizar os recursos tecnológicos aos empregados, está colocando à disposição dos empregados uma ferramenta destinada exclusivamente ao desenvolvimento das atividades profissionais para as quais foram contratados e, ainda, para uso durante a jornada pactuada. O e-mail colocado à disposição dos empregados para ser utilizado no exercício das atividades profissionais é de uso corporativo, portanto, tem a natureza de ferramenta de trabalho³⁴, segundo texto do parágrafo 2º, do art. 458, da CLT.³⁵

O empregador tem o poder de determinar o modo como a atividade do empregado será desenvolvida, especialmente na fiscalização das ferramentas de trabalho, em decorrência do poder de direção fundamentado no artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.³⁶ Também tem o direito de estabelecer regras e determinar como serão utilizadas as ferramentas colocadas à disposição do empregado, em decorrência do direito de propriedade, assegurado nos artigos 5º, inciso XXII, da Constituição Federal³⁷ e 1228, do Código Civil³⁸.

Para Vargas, o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o e-mail apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual.³⁹ Segundo

34 BELMONTE, 2004a. p. 1038. No mesmo sentido, Mauro Cesar Martins de Souza entende que o correio eletrônico é uma ferramenta de trabalho dada pelo empregador ao empregado para realização do trabalho. “E-mail (...Net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do emprego”. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 7, p. 863- 871, jul. 2000, p. 867.

35 Art. 458, 2º da CLT: “Não serão considerados como salário, para os efeitos previstos neste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços.”

36 “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 serviços.”

37 “XXII – é garantido o direito de propriedade;[...].”

38 “Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

39 VARGAS, 2002, p. 62- 63.

Ferreira, o correio corporativo de propriedade da empresa tem natureza jurídica de ferramenta de trabalho e não se equipara à correspondência convencional, razão pela qual não estaria tutelado pela inviolabilidade da correspondência, assegurada no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. 40

De acordo com Paiva, o primeiro bem jurídico lesado é o da inviolabilidade das comunicações, direito fundamental que contém a garantia formal de que ninguém acessará comunicações alheias independentemente do conteúdo. Todavia, se o empregador autorizar o uso para fins pessoais, ensejaria o direito de garantia dos princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A natureza jurídica do correio eletrônico corporativo é diferente da natureza do correio eletrônico pessoal em que o empregado arca com os custos de manutenção do provedor. O correio pessoal é sujeito à proteção de inviolabilidade assegurada no artigo 5º da CF. 41 Afirma que

devemos partir da premissa de que o e-mail dos trabalhadores na empresa é um instrumento de trabalho e, em determinadas circunstâncias e com determinadas políticas, é possível que o empresário possa conhecer o conteúdo desses e-mail's em situações de abuso a respeito das quais haja indícios objetivos de que estão sendo perpetrados.

Proteger os ativos de informação e de processamento, bem como estabelecer regras para o uso racional do correio eletrônico corporativo é direito de cada empresa. Por conseguinte, o gerenciamento eletrônico de documentos não objetiva, em hipótese alguma, violar a intimidade ou o sigilo pessoal dos funcionários da empresa. Visa, isto sim, a proteger e precaver a responsabilidade patronal através de ações de seus funcionários, além de criar (adotar) normas

40 FERREIRA, 2003, p. 16. Para Alexandre Agra Belmonte, o e-mail particular, mesmo usado no computador do empregador, é meio de comunicação de natureza pessoal, portanto, inviolável. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004b.

41 PAIVA, 2002a. p.22

preventivas de segurança e proteção de sua infra-estrutura tecnológica. 42

Neste mesmo sentido o Tribunal Superior do Trabalho, ao examinar processo em que se discutia a natureza jurídica do correio eletrônico corporativo, entendeu que trata-se de ferramenta de trabalho, de propriedade da empresa, fornecida ao empregado para realizar as atividades para as quais foi contratado, somente podendo circular mensagens de conteúdo de interesse exclusivo do empregador, salvo se autorizado pelo empregador. 43

Constata-se que a tendência da doutrina e da jurisprudência é adotar uma posição conservadora a respeito do tema, em que pese a inviolabilidade de correspondência ser um direito contemplado em nosso ordenamento jurídico. Desta forma, a questão a ser examinada diz respeito à equiparação da proteção do sigilo da correspondência ao correio corporativo.

2.3 A PROTEÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA E O CORREIO CORPORATIVO

O direito ao sigilo de correspondência teve origem na França, que penalizava os infratores da violação com a pena de morte. 44 A proteção à inviolabilidade do correio em nosso ordenamento jurídico está assegurada em normas constitucionais e infraconstitucionais como veremos adiante. No Brasil, o artigo art. 5º, inc. XII da Constituição da República,

42 FERREIRA, 2003. p.19.

43 Neste sentido, o Ministro Dalazen, no julgado TST- ED- RR- 613/2000- 013- 10- 00.7 (BRASIL, 2005): “[...] 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.”

44 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

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

A inviolabilidade de correspondência é um direito contemplado tanto em nosso ordenamento jurídico como em tratados e legislações internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece em seu artigo 12: “Ninguém será sujeito à interferência, na sua vida privada, na de sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. 45

Percebe-se, portanto, que a proteção à intimidade e privacidade do indivíduo, assim como o direito à inviolabilidade da correspondência, são princípios contemplados nos tratados internacionais e na legislação de vários países. 46

45 BELMONTE, 2004b, p. 41.

46 O direito à privacidade, assim como o sigilo da correspondência foram incluídos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU. Segundo Belmonte (2004b), foram incluídos no artigo 17, § 1º: “Ninguém será objeto de imiscuições arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, da sua família, seu domicílio ou da sua correspondência, nem de atentados legais à sua honra e à sua reputação. (Ibid., p. 42, grifo do autor) A Convenção Interamericana de Direitos Humanos no artigo 11 declara a “Proteção da honra e da dignidade”. § 1º Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. § 2º - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação. § 3º- Toda a pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques. Nas constituições européias, também muitos países tiveram a preocupação com esses direitos. A Constituição da República da Itália, aprovada pela Assembléia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1948 dispõe, nos seus princípios fundamentais (Ibid., p. 43- 44, grifo do autor): Art. 2. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade e requer o cumprimento dos deveres imprescindíveis de solidariedade política, econômica e social”. Art. 3. Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem

O monitoramento dos equipamentos desencadeou a violação do correio eletrônico, a qual fomentou o surgimento de inúmeros questionamentos no que tange à comunicação eletrônica e seu teor, bem como à inviolabilidade da intimidade e vida privada.

Segundo Ferreira, como não há norma específica, surgem impasses no tocante a direitos personalíssimos –

distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Art. 15. A liberdade e o segredo da **correspondência** ou de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. As exceções podem ocorrer somente por ato motivado da autoridade judiciária com as garantias estabelecidas pela lei.

Segundo Paiva (2004b, p. 16, grifo do autor), o direito à inviolabilidade da correspondência também foi recepcionado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) através da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Artigo 10 – Toda a pessoa tem direito à inviolabilidade e circulação de sua correspondência.” O Conselho da Europa, por intermédio da Convenção Européia de Direitos Humanos, no artigo 8, dispõe no inciso 8.1: Toda a pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua **correspondência**. A Constituição da Alemanha, no artigo 10, recepciona o segredo as comunicações: 1. Será inviolável o segredo da **correspondência** (Briefgeheimnis), assim como o do correio e telégrafos. A Constituição da Espanha garante o direito à intimidade no artigo 18.1: “É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem”. Nos artigos 18.3 e 18.4 consagra expressamente a proteção a correspondência frente ao uso da informática: “Artigo 18.3- Será garantido o segredo das comunicações, e, em especial, a dos postais, telegráficos e telefônicos, salvo resolução judicial. 4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e do pleno exercício de seus direitos.” Nos Estados Unidos, a Constituição não contém nenhuma disposição expressa que proteja o direito à intimidade e à inviolabilidade de correspondência. Na América do Sul (Ibid., p. 17, grifo do autor), destacamos a Constituição Política da República do Equador, aprovada em 1998, que reconhece o direito a inviolabilidade da correspondência no artigo 23 - ‘Sem prejuízo dos direitos estabelecidos em sua constituição e em seus instrumentos internacionais vigentes, o Estado reconhecerá e garantirá as pessoas o seguinte: 13- A inviolabilidade e o segredo da **correspondência**. Esta só poderá ser retida, aberta e examinada nos casos previstos na lei. Será guardado em segredo os assuntos alheios ao feito que motivem seu exame. O mesmo princípio será observado com respeito a qualquer outro tipo de forma de comunicação.”. A Constituição do Chile, de 1980, estabelece no artigo 19: “Constituição assegura a todas as pessoas: 5. A inviolabilidade de violar de toda a forma de comunicação

intimidade, privacidade e proteção de sigilo empresarial. No entanto, tal conflito – tão típico da sociedade contemporânea – entre privacidade e poder diretivo não leva ao dogma de sobrepor a proteção dos direitos individuais aos direitos do empregador. Nesse contexto, os fundadores da Organização Americana de Privacidade afirmam que o alcance e a penetração da internet ensejam a edição de regras de privacidade pessoal”.⁴⁷

A inviolabilidade da correspondência fechada está assegurada no Código Penal Brasileiro no art. 151 que dispõe: "Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem." Pena de detenção, de 1 (um) a seis meses, ou multa.”

Para Lobato de Paiva, tal sigilo, que resulta de preceitos constitucionais, é uma consequência dos direitos de propriedade e liberdade individual.⁴⁸

privada. A violação só poderá ser feita nas comunicações e documentos privados interceptando-se, abrindo-se nos casos e formas determinados pela lei.” A Constituição da Colômbia, promulgada em 1991, dispõe no “Artigo 15. A correspondência e demais formas de comunicação privada são invioláveis. Só podem ser interceptadas ou registradas mediante ordem judicial, e nos casos e com as formalidades estabelecidas em lei” A Constituição do Peru, de 1993, consagra o direito à inviolabilidade da correspondência, no artigo 10: “ O segredo e a inviolabilidade de suas comunicações e documentos privados. As comunicações, telecomunicações e seus instrumentos só podem ser abertos, incautos, interceptados ou sofrerem intervenção através de ordem judicial motivada do juiz, com as garantias previstas em lei”. A Constituição da República da Venezuela (Ibid., p. 18, grifo do autor), de 1999, garante o sigilo da correspondência: “Artigo 48. Será garantido o direito ao segredo e inviolabilidade das comunicações privadas em todas as suas formas. Não poderão ser interferidas sem ordem de um Tribunal competente, com o cumprimento das disposições legais e preservando-se o segredo privado que não guarde relação com o correspondente processo” Ver também o procedimento das revistas pessoais na legislação estrangeira conforme estudos de: BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do Poder Diretivo. *Jornal Trabalhista*, São Paulo, ano 15, n. 711, p. 550- 551, 25 maio 1998.

⁴⁷ FERREIRA, 2003, p. 21.

⁴⁸ PAIVA, Mário Antonio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, SP, ano 19, p. 481- 489, 2002c. p. 484. Também: PAIVA, Mário Antonio Lobato de. O monitoramento

A legislação que regula a informática ainda é precária em nosso ordenamento. A política nacional de informática está regulamentada na Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe o art. 2º, inc. VIII, que a “Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática em proveito do desenvolvimento social e cultural”. 49

pelo empregador do correio eletrônico. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, SP, ano 19, n. 227, p. 11- 44, 2002d.

49 SOUZA, 2000, p. 52. “A Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, que dispõe sobre a política nacional de informática, em seu art. 2º, inc. VIII, disciplina que a “Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática em proveito do desenvolvimento social cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios: [...] estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas” (Ibid., p. 868- 869)., sem contudo descrever quais seriam as formas de utilização da Internet/e- mail. Igualmente, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, em seu art. 3º, inc. V, garante que “o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”, devendo- se entender por telecomunicação “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.” (art. 60, § 1º). Ainda quanto às telecomunicações há a Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996 (telefonia móvel) e a Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995 (serviços de TV a cabo). Já a Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, trata apenas da permissão para as partes utilizarem de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Também há a regulamentação do serviço postal, que é monopólio estatal (CF, art. 21, inc. X), onde através da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, em seu art. 40 assevera ser crime “devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem” (tal qual o art. 151 do Código Penal). Entretanto, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a lei de execução penal, quanto aos direitos do preso, em seu art. 41, inc. XV, permite “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”, sendo que tal direito poderá ser suspenso ou restringido mediante ato motivador do diretor do estabelecimento (parágrafo único). (Ibid., p. 868- 869).

O segredo e a inviolabilidade da comunicação do usuário de telecomunicações estão regulamentados na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. O artigo 3º, inciso V, diz que “o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas”. O artigo 60, § 1º, define telecomunicação como “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”. 50

A interceptação das comunicações de sistemas e telemática estão previstas na Lei 9296, de 25 de julho de 1996, que regula a escuta telefônica. Estabelece o artigo 1º que a interceptação das comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob requerimento de segredo de justiça. O parágrafo único esclarece que o disposto no artigo 1º aplica-se à interceptação de comunicações de sistemas e em telemática. O artigo 10 da Lei 9296/96: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”. 51

Para Ferreira, uma análise generalista acerca da tendência pela equiparação da mensagem eletrônica à correspondência tradicional enseja a aplicação do princípio constitucional da inviolabilidade e sigilo da correspondência. Ressalta a importância da análise da natureza do correio

50 BRASIL. Senado Federal. *LEI Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997*. Brasília. 1997. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 25 jan. 2006

51 Artigo 1º - “a interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal dependerá de ordem do Juiz competente da ação criminal, sob requerimento de segredo de justiça. Parágrafo único: O disposto aplica-se à interceptação de comunicações de sistemas e em telemática”.

eletrônico, pois, se entendido que a mensagem eletrônica se equipara à correspondência tradicional, aplica-se o princípio constitucional da inviolabilidade e sigilo da correspondência. Segundo a autora, “em decorrência desse entendimento, apesar de comprovada a prática de ato ilícito, uma vez não observados os preceitos legais relativos à quebra de sigilo, deixa-se de considerar como válidas as provas obtidas que podem embasar a demissão por justa causa.”⁵²

Entretanto, no caso de se analisar o conteúdo das mensagens contidas no correio corporativo, a autora entende que a informação nelas existente é de natureza comercial e faz parte do ambiente privado da empresa. Neste caso, o sigilo protegido ocorre em favor do proprietário do material eletrônico e se refere às informações sigilosas da companhia. Já em relação ao correio eletrônico pessoal, o zelo à privacidade é oriundo da natureza do ambiente confidencial, é íntimo do seu titular. Ainda diz que o correio eletrônico corporativo não encontra proteção nas disposições legais que garantem o sigilo da correspondência.⁵³

O Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento referido anteriormente, ao analisar o processo em que invocada a garantia constitucional de inviolabilidade de correspondência, decidiu que o correio eletrônico não se equipara à correspondência convencional.⁵⁴ A posição adotada decorre do entendimento de que o empregador tem o direito de fiscalizar o uso dos equipamentos de sua propriedade, destinados para o trabalho, com fundamento em dispositivos infraconstitucionais e constitucionais assegurados em nosso

⁵² FERREIRA, 2003, p. 27.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ É o que se verifica no voto do Ministro Dalazen, no julgado do processo TST- ED- RR- 613/2000- 013- 10- 00.7 (BRASIL, 2005): “Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas”.

ordenamento jurídico. No entanto, nosso ordenamento também estabelece dispositivos de proteção ao empregado, em razão da desigualdade existente nas relações de trabalho.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE EMPREGADOS E EMPREGADORES

3.1 A TUTELA INFRACONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL DE EMPREGADOS E EMPREGADORES

As relações de trabalho são marcadas pela subordinação do empregado⁵⁵ ao poder de direção do empregador⁵⁶, que tem o direito de fiscalizar o uso das ferramentas de trabalho, zelar pela inviolabilidade dos segredos decorrentes de sua atividade produtiva e o direito de acesso a toda e qualquer produção de seus empregados nos equipamentos de informática destinados para o trabalho.⁵⁷

A legislação infraconstitucional sempre demonstrou preocupação com a proteção ao trabalhador, diante da evidente desigualdade de poder nas relações entre o capital x trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho reúne normas para instrumentalizar o princípio da proteção, as quais dão tratamento desigual aos desiguais da relação laboral, na medida de suas desigualdades.

Segundo Chiarelli, “[...] o Direito do Trabalho surgiu ‘para conseguir a igualdade jurídica, superando as desigualdades que o mundo apresenta, através de outras desigualdades’”. Sustenta que, para chegar à contemporaneidade,

55 CLT, art. 3º: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

56 CLT, 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 serviços.”

57 Em relação à origem da relação hierárquica, é relevante transcrever importante lição de Luiz José de Mesquita. (*Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, p. 39-40), “[...] pela relação de colaboração, as atividades do empregado e do empreendedor se unem entre si, numa mesma linha de finalidade para com a empresa; porém, como esta, pela sua natureza, é uma instituição social hierarquizada, a união de suas atividades não se faz num mesmo plano de igualdade, mas, sim, com subordinação das atividades do empregado às do empreendedor, através de uma dependência hierárquica. Portanto, colaboração subordinada.”

com essa aspiração, no mínimo teórica, houve um acirrado embate que se preocupou com o trabalho e, especialmente, o trabalhador. Assim, no decorrer da História, houve, por parte dos economicamente mais débeis, a busca de um amparo legal, uma vez que, trilhando até caminhos belicosos, não conquistariam um Direito justo. Nesse caso, segundo o direito do trabalho os fins justificam os meios com a criação de sucessivas leis que chegam aos limítrofes da Justiça Social ou, pelo menos, de acesso a ela.⁵⁸

Assim, a proteção ao trabalhador no ambiente corporativo surge a partir da necessidade de estabelecer limites nas relações entre o capital e o trabalho, uma vez que estas sempre foram marcadas pela desigualdade.⁵⁹ A Constituição Federal de 1988 fortalece a idéia de proteção ao trabalhador, estabelecendo um sistema de proteção do hipossuficiente, quer no capítulo dos direitos sociais, quer ao estabelecer a prevalência do valor do trabalho sobre o capital na busca de uma igualdade substancial.

A subordinação do empregado ao empregador é a característica marcante do contrato de trabalho. Para Prunes, o empregado se subordina, preponderantemente, às ordens, às diretrizes mais ou menos amplas, ditadas pelo “dador de trabalho”. Refere que a subordinação do empregado ao patrão, decorrente do contrato e da lei, seria a evidência do poder de comando do empresário.⁶⁰ Refere o autor:

58 CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato : evolução e desafios*. São Paulo: LTr, 2005. p. 22- 23

59 CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

60 Prunes ao comentar o artigo 3º da CLT, analisa a subordinação do empregado ao empregador a partir do conceito de Moraes Filho: "Embora seja excessivamente fácil e cômodo dizer-se que a subordinação é a nota característica do contrato de trabalho, já o mesmo não acontece ao ter de conceituá-la com exatidão e analisar com cuidado o seu conteúdo". Segundo Prunes, o conceito de ‘subordinado’ deriva de sub + ordinare, que significa manter sob ordem, estar em condição de obediência. Afirma que [...] Muitos têm sido os escritos sobre a natureza dessa subordinação, mas pensamos que seja certa a afirmativa de ser ela de índole hierárquica.” A subordinação, “[...] pode se manifestar como: a) dependência técnica; b) dependência econômica; c)

a subordinação do empregado ao patrão, decorrente do contrato e da lei, seria a evidência do poder de comando do empresário. Nem sempre o empregador é que dita as normas técnicas a serem seguidas, mas pode subordinar o empregado ao querer – e determinar – que este siga, como meio de atingir os fins da empresa, a melhor técnica. Diz, neste caso, o fim a ser atingido, mas deixa aos cuidados do empregado a forma e sistemas a serem adotados. A ordem empresarial versa sobre o fim e, não, sobre os meios praticados. Esta situação é notável no exercício dos elevados cargos de confiança, onde o empregado substitui em parte ou no todo o empregador. A subordinação ou dependência social não pode ser considerada como um elemento decisivo para o completo entendimento do conceito de subordinação dentro do pacto laboral. Modernamente há o registro de interdependência social, complementando-se as partes para a boa sorte do empreendimento empresarial, distribuindo-se direitos e obrigações de forma equilibrada. 61

O poder diretivo é uma manifestação do poder hierárquico, que o empregador possui. É a faculdade através da qual o sujeito ativo – superior hierárquico – desempenha um direito-função sobre a atividade laboral do sujeito passivo – inferior hierárquico –, conforme interesse social da

subordinação jurídica; d) subordinação ou dependência social [...] A subordinação pode se apresentar através de uma ou mais de uma destas formas, mas sempre com um nítido traço de ordem hierárquica. O empregado se subordina, preponderantemente, às ordens, às diretrizes mais ou menos amplas, ditadas pelo dador de trabalho [...]” Para Paulo Colin, subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui, ao contrário, do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de lhe fixar limites, sem que para isto seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois pólos da subordinação jurídica' [...]”.

61 PRUNES, José Luiz Ferreira. CLT Comentada. 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006. 1 CD-Rom.

instituição, a fim de legislar, governar e sancionar, no tocante à ordem profissional da empresa. 62

O poder, segundo Maranhão e Carvalho⁶³, na acepção estrita e específica, é uma exteriorização da capacidade de direito. Segundo os autores,

a empresa é uma atividade econômica organizada e o estabelecimento, a organização, instrumento de sua realização. [...] Toda organização de que participe o elemento humano implica, para que possa funcionar, certa disciplina de trabalho e certa hierarquização do pessoal. [...] Em sentido amplo, a expressão - *poder* - abrange, em direito, todas as faculdades do sujeito, que outorgam ao seu titular a possibilidade de produzir, através da própria atividade e mediante declaração unilateral de vontade, um efeito jurídico. [...] um momento lógico - como escreve Messineo - entre esta capacidade e o direito subjetivo: segue a primeira e precede ao segundo. Por isso, não precisa referir-se, necessariamente, a um *determinado* objeto ou a uma *determinada* pessoa: não se prende à relação jurídica, mas a *domina*. Relação que, no entanto, por outro lado, o limita. [...] O poder disciplinar do empregador ele o tem porque *organiza* uma atividade econômica, porque é empregador, e não pelo fato de estabelecer determinada *relação jurídica* com determinado empregado. Esta relação, isto sim, sujeita o empregado àquele *poder*, que está fora dela e a domina.

O poder diretivo do empregador pode ser conceituado como "a prerrogativa de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação dos serviços". Segundo Duarte e Tubinambá,

muitas são as vertentes desse poder diretivo, havendo, entretanto, certa unanimidade em dividi-lo em três espécies: (I) poder de direção e comando, cabendo-lhe determinar as condições para a utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato; (II) poder de controle, que é o de verificar o exato cumprimento da prestação de trabalho; e (III) poder de aplicar

62 MESQUITA, 1991. p. 43.

63 MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 71- 72.

penas disciplinares, em caso de inadimplemento de obrigação contratual. 64

Segundo Otávio Bueno Magano, a capacidade de dirigir é a particularidade típica do poder diretivo e, em função de se tratar de um poder jurídico, determina diferenças na relação de emprego. A fiscalização da atividade do empregado se dá para “verificar sua conformidade com as ordens dadas”. 65 Para Amauri Mascaro do Nascimento a fiscalização também se dá em relação ao comportamento do empregado. 66

A terminologia *poder hierárquico* é adotada pela maioria dos autores, que admitem que ele se manifesta por meio do poder diretivo, do qual o poder disciplinar é consequência, resultado. 67

Já para Ferreira, que utiliza o conceito de Emílio Gonçalves, diz que o poder regimental – previsto no art. 444 da CLT – baseia-se na obediência do empregado às normas feitas em função do contrato de trabalho e estruturadas em um regulamento interno, que sistematiza as regras acerca das condições laborais na empresa e da disciplina das relações entre empregador e empregado. E, ainda, em função do princípio *jus variandi*, o empregador pode ajustar, adequar e até mesmo modificar as circunstâncias e critérios da prestação de serviços do trabalho subordinado. 68

64 DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 216, p. 7-19, dez. 2001. p. 9.

65 MAGANO, Otávio Bueno, Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho. São Paulo: LTr, 1984, v. II, 2º ed., p. 45

66 NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito do trabalho, São Paulo: Saraiva, 1992, 10ª ed., p. 358

67 BARROS, 1998, p. 554.

68 FERREIRA, 2003. Ferreira (2003, p. 23-24) ao estudar os aspectos jurídicos do correio eletrônico corporativo verifica “[...] o cabimento do chamado *jus variandi* ordinário, tendo em vista que a alegação unilateral decorre exclusivamente de matéria não previamente regulada por contrato de trabalho, nem regida por norma jurídica.” Segundo a exposição de Viana (p. 24,) “[...] o campo do *jus variandi* é o espaço em branco entre as cláusulas, onde nada se previu especificamente. Ali o empregador se movimenta, preenchendo os vazios de acordo

A subordinação⁶⁹ produz uma limitação à autonomia do trabalhador, pois transfere ao empregador a direção da prestação pessoal dos serviços, através do exercício do poder diretivo. Todavia, as limitações da vontade não podem gerar restrições à liberdade do trabalhador enquanto pessoa humana, pois a dignidade humana⁷⁰ é um bem constitucionalmente protegido.⁷¹

com a sua própria vontade, ajustando, modulando ou alterando aspectos não essenciais da relação entre as partes, que seguramente têm importância instrumental à dinâmica e evolução empresariais.”

69 "O sujeito de direito trabalhador é sujeitado pelas teias da norma, presentes de modo invisível nas relações humanas, mas também presentes de modo visível no direito. Embora de modo geral o direito (e também o Direito do Trabalho) se manifeste na defesa do sujeito trabalhador na imposição dos limites jurídicos além dos quais o empregador entrará no campo da ilicitude, o poder disciplinar, ao contrário, se manifesta de modo contínuo, permanente e tenaz. A lei trabalhista veicula o poder disciplinar precisamente naqueles espaços largos, naqueles conceitos amplos e imprecisos, naqueles estados ou situações mal definidos nos quais o trabalhador fica à mercê de seu empregador: estado de subordinação jurídica, dever de lealdade, obediência e dedicação do empregado, exercício do jus variandi do empregador, repressão à incontinência de conduta, ao mau procedimento ou ao comportamento excessivo e indecoroso do empregado, etc. Trata-se de uma zona cinzenta onde o empregador pode, em meio à imprecisão jurídica e à vagueza conceitual, exercer a dominação, o controle, a normalização e a disciplina." (OLIVEIRA NETO, Alberto; COELHO, Luciano. Direito à intimidade e à privacidade: E-mail do empregado. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 233, p. 39-49, maio 2003. p. 44).

70 "A dignidade da criatura humana reside nas faculdades de pensar e agir livremente, de conhecer e amar. Trata-se, portanto, de preservar, no seio das comunidades às quais é ligado (o trabalhador) por uma estreita solidariedade, uma cota máxima de vida pessoal, através da livre manifestação de suas decisões e do livre florescimento de sua espiritualidade." (RIQUET, [19- -] apud COSTA, Orlando Teixeira da. O trabalho e a dignidade do Trabalhador. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 5, p. 591-598, 1995. p. 591).

71 "Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela União, indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamentos: [...] inciso III, a dignidade da pessoa humana; [...]" (BRASIL, 1988).

A inclusão do empregado no ambiente de trabalho ⁷² não lhe retira os direitos fundamentais assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no artigo 5º, inciso X, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A subordinação produz uma limitação à autonomia do trabalhador, que transfere ao empregador o poder de dirigir a prestação pessoal dos serviços. No entanto, as limitações da vontade não podem gerar restrições à sua liberdade enquanto pessoa humana e cidadão detentor de direitos fundamentais. ⁷³

O direito de propriedade e o poder diretivo devem ser exercidos, em que pese a dignidade humana do trabalhador ser um bem juridicamente protegido que deve ser preservado. Para Olea ⁷⁴, os direitos trabalhistas são classificados como direitos humanos fundamentais, exemplificando com os direitos reconhecidos pelos Tratados Internacionais, como o da dignidade inerente à pessoa humana.

⁷² O empregado, no momento em que celebra um contrato de trabalho, não se despoja, como já foi visto, de seus direitos de personalidade. Conserva, portanto, o direito à preservação de sua intimidade (MALLET, Estevão. Direito de personalidade e direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1308, nov. 2004). Neste mesmo sentido, “a inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie.” (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região, 2ª Turma. RO n.16.022/2001. Relator: Juíza Alice Monteiro de Barros, 29 de janeiro de 2002. *DJMG*, Minas Gerais, 9 fev. 2002. p. 6). No mesmo sentido, ainda: SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho, 2ª Região, 6ª Turma. R. n. 18956- 2003- 902- 02- 00. Relator: Juiz Valdir Florindo, Ac. n. 20030363599, 22 de julho de 2003. *DOE*, São Paulo, PJ, TRT 2ª, 1º ago. 2003.

⁷³ Os Direitos Fundamentais não são absolutos e ilimitados, porque possuem dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Os direitos subjetivos são aqueles direitos de o indivíduo pleitear alguma coisa, que proporcionam a faculdade de uma norma para o titular (norma universal de direito à liberdade e à segurança perante o estado). Os direitos objetivos são os direitos fundamentais que valem como princípios jurídicos para toda a ordem jurídica (direito de liberdade de expressão), uma valor geral para a vida comunitária, não só para os titulares. O legislador, quando faz as leis, não pode violar os direitos fundamentais, mas deve concretizá-los.

⁷⁴ OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*, São Paulo: Ltr, 1984.

A Constituição Federal de 1988, elaborada durante a instauração de um regime político democrático no país, elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais. Ao elencar os princípios que fundamentam a República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito ⁷⁵. Bolzan e Streck aduzem que

o *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, seu conteúdo ultrapassa ao aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência. ⁷⁶

A noção de Estado Democrático de Direito, para Streck, pressupõe uma valorização do jurídico e exige uma rediscussão do papel do Poder Judiciário em países que, como o Brasil, buscam não apenas reconstruir um Estado de Direito, mas “resgatar a força do Direito”. ⁷⁷

A cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, são alguns dos princípios do Estado Democrático de Direito. A CF/88 destaca a importância desses princípios

⁷⁵ Ver art. 1º da Constituição Federal de 1988. Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, Diaz escreve que “[...] é o Estado submetido ao Direito; ou melhor é o Estado cujo poder e atividade se encontram regulamentados e controlados pela lei. Estado de Direito, portanto, consiste fundamentalmente no império da lei.” (DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid : Taurus, 1998). Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Em especial capítulo I. Ver, ainda, STRECK, Lenio Luiz; BOLZÁN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁷⁶ STRECK, 2004, p. 93.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do direito. – 2a ed. – Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 147.

fundamentais nos demais títulos, como, por exemplo, quando trata da ordem econômica e financeira, fundada na valorização humana e na livre iniciativa. Relaciona como princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego⁷⁸, destacando a relevância do bem-estar do trabalhador na nossa sociedade.

O Poder Constituinte originário elegeu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem-estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF/88).

O Título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, os chamados direitos do homem. O Capítulo I estabelece os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; o Capítulo II os Direitos Sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. O artigo 7º regula os direitos dos trabalhadores igualando os urbanos e rurais, além de outros que visam à melhoria de sua condição social. A reparação ao dano moral, ao ser incluída no corpo da Constituição – art. 5º. Inciso V – , demonstra preocupação do constituinte com a proteção da pessoa humana em suas relações, entre as quais se encontram as relações de trabalho, possibilitando ao trabalhador a reparação que porventura venha sofrer quando atingido seus direitos da personalidade.

78 O exercício do trabalho é garantido nos artigos 5º, inciso XIII, e 6º da Constituição Federal. O pleno emprego significa o exercício do trabalho com dignidade. O princípio implica o dever do empregador em proporcionar ao trabalhador bem estar ao participar do processo produtivo da empresa, sob pena de violação da ordem social, assegurada no artigo 193, da Constituição Federal. A ordem social tem como fundamento o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A preocupação do constituinte em dar relevância a esses direitos é tal que os direitos fundamentais têm atenção especial no texto da Constituição Federal de 1988, que, além de destacar em título próprio (Título II), conferiu aos mesmos aplicação imediata, – artigo 5º, § 1º. Além disso, a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos fundamentais com cláusula de imutabilidade e garantia de eternidade, quando vedou a possibilidade de edição de emenda constitucional que tenha por objetivo abolir tais direitos, entre os quais está o direito à intimidade.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por escopo assegurar a todos os trabalhadores a existência digna, e é um dos princípios constitucionais assegurados, conforme artigo 170⁷⁹, *caput*, e inciso VIII, da Constituição Federal. Neste sentido, há oportunas considerações de Carlos Chiarelli – participe do processo de elaboração da CF/88 – e Matteo Chiarelli⁸⁰, ao comentarem o momento de concepção do referido artigo. Afirmam os referidos autores que as estruturas político-jurídicas formadas na conjuntura das tensões sociais têm o trabalho como elemento propulsor. Este, a cada instante, passou a ter maior significação, chegando a tornar-se sujeito ativo da ordem jurídica e social. Anteriormente, o direito era um instrumento do patrimônio individual e seus acréscimos. Atualmente, tutela o trabalho. É óbvio que o direito protege o capital a partir do trabalho honesto acumulado. Foi nessa linha de pensamento que o art. 170 da Constituição de 1988 foi concebido.

Os Direitos Fundamentais no Brasil, país marcado por profundas desigualdades sociais e econômicas, foram recepcionados destacadamente pelos constituintes que

79 “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...] VIII – busca do pleno emprego.” (BRASIL, 1988).

80 CHIARELLI, Carlos; CHIARELLI, Matteo. O trabalho e a empresa na constituição: considerações à luz do modelo italiano. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. p. 171-178.

conferiram aplicação imediata conforme o artigo 5º, § 1º, dando, dessa forma, legitimidade à Constituição e ao Estado Democrático de Direito. Segundo Canotilho⁸¹, “os direitos fundamentais são a ‘raiz antropológica’, essência da legitimidade da constituição e do poder político: esta dimensão de universalidade e de intersubjectividade reconduz sempre a uma referência – os direitos do homem.” Afirma que “os direitos, liberdades e garantias em seu conjunto consubstanciam o próprio cerne do Estado de Direito, cujos princípios, presentes na consciência jurídica geral, informam a lei constitucional.”

Ricardo Lobo Torres relaciona os direitos fundamentais à teoria da justiça, “[...] posto que ambos os valores integram a mesma equação axiológica, reconciliando a ética com o direito, mercê da superação dos positivismos de diversos matizes, do normativista ao historicista e sociológico”.⁸²

Não se discute que o empregado, quando submetido ao poder diretivo do empregador, sofre algumas limitações.⁸³ No

81 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

82 TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13.

83 “Dano moral. Revista íntima - A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. É certo que o empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. Não se admite, contudo, que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana. Caracteriza dano moral a circunstância de a empregadora ter convocado uma reunião, para discutir com suas empregadas questão relacionada à higiene dos sanitários utilizados no ambiente de trabalho, deixando o local antes do encerramento, quando então, por deliberação das próprias trabalhadoras, foi iniciada revista íntima de todas as presentes, com a anuência e participação das encarregadas, a fim de verificar quais empregadas se encontravam em período menstrual. O episódio evidenciou afronta à intimidade das trabalhadoras, atraindo a obrigação de indenizar o dano moral perpetrado pela empresa, através de suas prepostas.” (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região, 2ª Turma. RO 6177/03, (01330-2002-039-03-00-5). Relator: Juiz Fernando Guimarães A. Viegas Peixoto. *DJMG*, Belo Horizonte, 2 jul.

entanto, o que não se pode admitir é que a ação do empregador se amplie de maneira a violar a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana do empregado é um bem juridicamente protegido que deve ser preservado, em que pese o poder diretivo e o direito de propriedade sobre os equipamentos eletrônicos. O bem-estar do trabalhador precisa ser observado na adoção de política para uso da internet e do correio eletrônico. O empregador precisa observar os limites entre o que é aceitável no exercício do direito de zelar pelo seu patrimônio e até onde vai esse direito.

A análise da violação do correio eletrônico corporativo deve partir do estudo de dispositivos legais inseridos nas normas constitucionais que se constituem, segundo Canotilho, “[...] o fundamento hermenêutico do ordenamento jurídico.”⁸⁴ Os fundamentos de todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito se encontram na Constituição Federal, que trata do conjunto de normas que organiza o Estado. O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura a todos os cidadãos que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. O Código Civil⁸⁵ também estabelece, no seu artigo 21, a proteção da vida privada.

O poder de direção do empregador não é absoluto.⁸⁶ Ao contrário, encontra limitação na dignidade da pessoa humana do trabalhador, no respeito à sua intimidade e vida privada.⁸⁷

2003. pág. 13 (apud PRUNES, 2006).

84 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

85 Art. 21 - “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.” (FIUZA, 2002, p. 34).

86 Segundo OLIVEIRA NETO; COELHO, 2003, p. 44: “Seria imprescindível que a subordinação se readequasse à função social do contrato; a direção do empregador estaria restrita ao cumprimento do contrato, na exata medida da ordenação do laboro. Não se trataria de um poder sobre a pessoa do empregado, senão sobre o objeto do contrato, limitado sempre à observância da dignidade da pessoa trabalhadora.”

87 Para Oliveira Neto e Coelho (2003, p. 45), “Busca-se a socialização do contrato de trabalho. Ou seja, na tentativa de superar as teorias anti-contratualistas, a concepção da

Também encontra limitação na função social do contrato de trabalho. Para Aldacy Rachid Coutinho, a subordinação deve reajustar-se à função social do contrato.⁸⁸ Assim, a direção do empregador restringir-se-ia ao cumprimento do contrato, na proporção da exigência do laboro. O poder seria sobre o objeto do contrato, não sobre a pessoa do empregado. Esse poder estaria limitado pela observância à dignidade da pessoa trabalhadora.

relação de emprego, como forma de contrato (teoria contratualista), deve primar pela efetivação do empregado como sujeito de direito que figura em um dos pólos da relação contratual. Uma das conseqüências desse entendimento é a equiparação das partes contratantes. Logo, o empregado estaria no mesmo nível do empregador, não pela hipossuficiência prevista em lei exclusivamente, mas pelo seu reconhecimento enquanto sujeito de direito, apto a praticar atos jurídicos e com direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. [...] A título de exemplo, o novo Código Civil traz inúmeros dispositivos aplicáveis à relação contratual de emprego. Não entrando no mérito das discussões relacionadas à impropriedade das codificações de leis, o novo texto traz, dentre outros, os institutos do abuso de direito, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. A função social do contrato pode ser entendida como a pactuação entre as partes que observa os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Ou seja, a autonomia da vontade, estandarte do Estado Liberal, deve ser mitigada pelos princípios e fundamentos constitucionais. Não custa lembrar que o Preâmbulo da Constituição de 88 fala em um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, dentre outros direitos fundamentais. Quanto ao abuso de direito, deve-se ter em mente que o empregador tem o poder de direção da empresa. Logo, é sua incumbência definir os objetivos a serem traçados pelo empreendimento. Contudo, a dignidade do trabalhador, sujeito de direito, o impede de ultrapassar os limites do exercício de seu direito diretivo. O direito de comandar o estabelecimento pelo empregador não pode ser abusivo, pois o abuso de direito é causa de nulidade sujeito à rescisão contratual em decorrência da inadimplência de um dos pólos da relação, no caso o empregador. Finalmente, a boa-fé objetiva pode ser entendida como um agir com lealdade em sentido amplo nas relações contratuais. É um agir politicamente correto, reconhecendo sempre a dignidade do outro, o que denota um caráter de alteridade ao instituto.”

⁸⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: LTR, 1999. O art. 421 do Código Civil pois determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, de modo a evitar a imposição de cláusulas onerosas ou danosas aos contratantes

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E PROPRIEDADE

3.2.1 Intimidade e vida privada

economicamente mais fracos. Segundo Jones Figueiredo Alves ao comentar o artigo 421 do Código Civil, “A função social do contrato” acentua a diretriz de ‘sociabilidade do direito’, de que nos fala, percutientemente, o eminente Prof. Miguel Reale, como princípio a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da ‘função social da propriedade’ previsto na Constituição Federal. A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Defronta-se com o vestuto princípio *pacta sunt servanda*, exaltado, expressamente, pelos Códigos Civil francês e italiano para, atenuando a autonomia da vontade, promover a realização de uma justiça comutativa. A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes. O negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes. Esta, todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental, que tendo origem na valoração da dignidade humana (art.1º da CF), deve prescrever a ordem jurídica. Por sua função social, o contrato é submetido a novos elementos integradores de relevância à sua formação, existência e execução, superando a esfera consensual. Mario Aguiar Moura afirma que, segundo a concepção moderna, ‘o contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde que sobre as vontades individuais em confronto se assente o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, com o propósito maior de evitar o predomínio do economicamente mais forte sobre o economicamente mais fraco.’ (FUIZA, 2002, p. 372). Segundo Santos, “[...] a função social do contrato é uma realidade no ordenamento jurídico dos países economicamente mais avançados, nada mais certo afirmar que, se existe alguma seara do Direito, onde o conceito de função social deve ter a máxima aplicação prática, é precisamente no Direito do Trabalho, que aparece como o ramo jurídico em cujo âmago deve alcançar o seu mais alto desenvolvimento, uma vez que nesse ramo, a proteção da parte economicamente mais fraca encontra sua mais ampla dimensão, em respeito aos princípios dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.” (SANTOS, Enoque Ribeiro dos Santos. Considerações sobre a revisão dos enunciados do Tribunal Superior do Trabalho: uma reforma necessária. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 244, p. 7- 20, abr.2004. p. 10).

A proteção dos trabalhadores, nas relações laborais, se encontra assegurada na ordem jurídica brasileira, quer no plano infraconstitucional, quer no constitucional.

No ordenamento jurídico, a mais ampla e efetiva proteção do direito à intimidade e à vida privada foi instituída a partir da Constituição Federal de 1988. Os constituintes incorporaram à nossa constituição as diretrizes do artigo XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual determina que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na família, no seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem o direito à proteção de lei contra tais interferências ou ataques.”

Szaniawski refere como marco do direito à intimidade o ano de 1968, em razão da Conferência da Assembléia Geral da ONU, frente às ameaças de “[...] certas inovações científicas e tecnológicas recentes.”⁸⁹

Segundo Mallet⁹⁰, “o direito à intimidade – correspondente ao ‘*right to be let alone*’ do direito norte-americano⁹¹, com raízes na própria Constituição⁹² – foi regulado pelos arts. 20 e 21, do novo Código Civil. O último preceito menciona o caráter inviolável da vida privada da pessoa natural [...]” Prossegue dizendo que o empregado, no momento que celebra um contrato de trabalho, não se priva de seus direitos de personalidade. Afirma a seguir que:

[...] Em matéria de relação de emprego, o principal limite imposto ao direito à intimidade do empregado resulta do poder

⁸⁹ SZANIAWSKI, 1993, p. 28.

⁹⁰ MALLET, 2004. p. 1311.

⁹¹ BLACK, Henry Campbell. Black’s law dictionary., St. Paul: West, 1968.

⁹² KIONKA, Edward J. Torts. St. Paul: West, 1977. Mais amplamente, BARKER, John. Constitutional privacy rights in the private workplace, under the Federal and California Constitutions. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 19, p. 1.107, [19- -], e, ainda, CLARK, R. H. Constitutional sources of the penumbral right to privacy. *Villanova Law Review*, v. 19, p. 833, [19- -].

diretivo do empregador. Realmente, empregador é, nos termos do art. 2º, da CLT, aquele que, além de outros atributos, acha-se investido da prerrogativa de dirigir a prestação pessoal de serviço. Dessa prerrogativa deflui o direito de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais do empregado. Nas precisas palavras de Octavio Bueno Magano, encontra-se o empregador legitimamente habilitado a acompanhar a atividade do empregado, para verificar a sua conformidade com as ordens dadas.” 93

O direito à intimidade e à vida privada foram recepcionados destacadamente no artigo 5º, inciso XII. A intenção do constituinte foi assegurar o preceito de forma clara e detalhada para que a leitura do dispositivo não ensejasse interpretações duvidosas ou restritivas. O constituinte, após uma ditadura militar de quase vinte anos, estava preocupado em estabelecer um Estado Democrático de Direito, razão pela qual direcionou atenção especial aos direitos humanos fundamentais que haviam sido menosprezados no regime militar que se encerrava. Nesse sentido Simon⁹⁴: “daí a sua ‘insistência’ em assegurar mais de uma vez um mesmo direito e sempre de forma detalhada, para não dar espaço a interpretações restritivas. E, ainda, inclui a proteção desses bens da personalidade no núcleo imodificável do Texto Constitucional, transformando-o em cláusula pétrea, a teor do que dispõe o artigo 60, § 4º. “

A Constituição Federal diferencia o direito à intimidade do direito à vida privada. A intimidade está inserida no conceito de vida privada. A privacidade se relaciona tanto aos fatos da vida íntima, como outras situações em que não haja interesse social no seu conhecimento.

O Código Civil, em seu artigo 21, assegura a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, garantindo ao interessado a tutela do Poder Judiciário. O direito à

93 MALLET, 2004, p. 1312.

94 SIMÓN, Sandra Lia. Revistas pessoais: direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado? *Revista Seleções Jurídicas*, São Paulo, p. 23-30, 2004. p. 23.

privacidade é modo de vida consubstanciado no conjunto de informações pessoais que não seriam do conhecimento alheio, enquanto que a intimidade integraria a esfera íntima do indivíduo (segredos), cuja publicidade pode vir a causar constrangimentos.

Tércio Sampaio Ferraz Junior entende que a intimidade “ é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros”. Para Ferraz Junior, a vida privada abrange “situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação com alguém que, entre si, trocam mensagens) das quais, em princípio, são excluídos terceiros”. 95

A intimidade, para José Afonso da Silva 96, foi considerada um direito diverso do direito à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Para o autor, a intimidade se caracteriza como a “esfera secreta do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Já o direito à privacidade “engloba, em sentido amplo e genérico, todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou...o direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos...”.

Segundo Sandra Lia Simon, a principal diferença é que a intimidade não compreende qualquer forma de repercussão na sociedade, enquanto que a vida privada, muito embora comporte situações de opção pessoal, envolve, necessariamente, a comunicação com terceiros. A simples garantia do direito à vida privada já compreenderia a proteção da intimidade, posto

95 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de direito tributário e finanças públicas, vol. 1, São Paulo: RT, out/dez/1992, p. 143.

96 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 209- 210

que esta está contida naquela. Assim, a intimidade está inserida no conceito de vida privada. 97

O direito à vida privada e à intimidade são tratados como conceitos distintos no texto do artigo X da CF/88. A privacidade se relaciona tanto aos fatos da vida íntima como a outras situações em que não haja interesse social no seu conhecimento. O direito à privacidade é modo de vida que se configura no conjunto de informações pessoais que não seriam do conhecimento alheio, enquanto que a intimidade integraria a esfera íntima do indivíduo. Tanto o direito à vida privada quanto a sua intimidade dizem respeito à existência interior do indivíduo, consideradas sigilosas e restritas a um número limitado de indivíduos. Portanto, o conhecimento de um fato que envolve segredo é suficiente para caracterizar a violação da privacidade, enquanto que, para violar a intimidade, deve haver tanto o conhecimento como a divulgação da notícia para terceiros.

Intimidade e privacidade são sinônimos. 98 Para Barros, “sob o prisma filosófico a intimidade constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo”. Afirma que “do ponto de vista jurídico, recorreremos, por analogia, à doutrina civilista pátria para aferir o conceito de direito à privacidade e à intimidade, em face da omissão do Direito do Trabalho a respeito da matéria”. 99

Pontes de Miranda conceitua o direito à intimidade “[...] como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de

97 SIMÓN, 2004, p. 23.

98 Segundo Barros, Intimidade: 1. Qualidade de íntimo. 2. Vida íntima, particular. 3. Trato íntimo e Privacidade: Intimidade. (BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 27).

99 *Ibid.*, p. 28.

outrem.”¹⁰⁰ Para Barros, intimidade “[...] é o direito de não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos. [...] visa resguardar a vida privada das pessoas da ingerência alheia, sendo o direito à privacidade uma de suas manifestações”.¹⁰¹

O direito à intimidade e vida privada são direitos humanos fundamentais, constituindo-se espécies dos direitos de personalidade.¹⁰² Estes, por sua vez, inerentes ao próprio homem a fim de resguardar a sua dignidade.¹⁰³ Pontes de Miranda, ao escrever sobre os direitos de personalidade, entende que são “[...] intransmissíveis, irrenunciáveis e as pretensões e ações que se irradiam não prescrevem”. Afirma o autor:

Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito [...] A certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa. É isto o que os juristas dizem quando enunciam que só há bem da vida, relevante para o direito, se o direito objetivo o tutela.¹⁰⁴

100 PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 28.

101 BARROS, 1997, p. 29.

102 Segundo Barros (1997, p. 26), utilizando-se de seu artigo: “A doutrina e a jurisprudência alemãs sustentam que não existem direitos da personalidade, mas um direitos da personalidade único, enquanto na Itália, adota-se uma concepção pluralista dos direitos da personalidade, com o argumento de que seriam muitos os bens personalíssimos tutelados, cada um dotado de suas peculiaridades, o que inviabiliza a concepção unitária desses direitos.” A seguir, expõe a classificação utilizada pela doutrina nacional, de França ([19- -], apud Ibid., p. 26) que “[...] classifica os ‘direitos da personalidade’ como direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver, etc); direito à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção) e direito à integridade moral, incluindo neste último o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa”

103 Ibid.

104 PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 28.

Para Barros, os direitos de personalidade surgem como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram guarida, “na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁰⁵, de 1789; na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948¹⁰⁶; na Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950¹⁰⁷; na Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959; no Pacto Internacional concernente aos Direitos Civis e Políticos, de 1966, na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, assinada na Costa Rica em 1969¹⁰⁸ e na Resolução adotada por ocasião da Conferência sobre Direitos Humanos, realizada em Teerã, em 1972, convocada pela ONU.

Os direitos de personalidade, segundo Barros, suscitam como resposta à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram proteção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; na Convenção Européia dos Direitos do Homem,

105 Art. 1º - “os homens nascem livres e iguais em direitos”. No artigo 2º, preconiza que “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. No artigo 11, assegura a “livre comunicação dos pensamentos e das opiniões como um dos direitos mais preciosos do homem [...]”.

106 O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “ninguém será sujeito à interferência, na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e à sua reputação e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

107 A Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, abriga proteção à intimidade, no art. 8º, 1: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência.” (Ibid., p. 42).

108 A Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, de 1969, dispõe no artigo 11: “Toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida. Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, também estimulou o legislador constitucional, ao assegurar que “[...] ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.” (BARROS, 1997, p. 21- 22).

de 1950 (igual até ONU). Conforme a autora, a OIT, em 1996 (outubro), ratificou projeto de proteção de dados pessoais dos trabalhadores com o objetivo de uma ação futura que legislasse sobre normas internacionais do trabalho. Ainda, segundo a autora, essa proteção fez surgirem estudos em três dimensões: proteção de dados pessoais, fiscalização no local de trabalho (revistas pessoais e eletrônicas) e exames (testes de droga, álcool, mapa genético, etc.). 109

Por ser um direito da personalidade, o direito à intimidade jamais se separa do indivíduo, uma vez que é inerente à existência do ser humano. Ele está inseparavelmente ligado ao direito à liberdade e à vida, bem como à sua dignidade. Portanto, mesmo que não se conteste o poder de direção do empregador, este encontrará limites no exercício dos direitos humanos fundamentais. Não há como separar o direito constitucional de personalidade, que assegura a intimidade do indivíduo em suas relações sociais, com o direito do trabalho. Assim, o trabalhador é detentor de direitos humanos e de personalidade decorrentes de garantias constitucionais. 110

Segundo Barros, a OIT, em 1996 (outubro), ratificou projeto de proteção de dados pessoais dos trabalhadores com o objetivo de uma ação futura que legislasse sobre normas internacionais do trabalho. Ainda, segundo a autora, tal proteção fez surgirem estudos em três dimensões: proteção de dados pessoais, fiscalização no local de trabalho (revistas pessoais e eletrônicas) e exames (testes de droga, álcool, mapa genético, etc.). 111

Conforme Nascimento, “não há contraposição entre os direitos humanos clássicos individuais e os direitos sociais.

109 Segundo, Barros (1997, p. 23- 24), o projeto aprovado pela OIT era para “[...] orientar os países na elaboração de leis, regulamentos, convenções coletivas e políticas do trabalho, considerando que a utilização de técnicas de informática, a vigilância eletrônica [...], visando a proteger a dignidade dos candidatos a empregos.”

110 SIMON, 2004. p.23

111 BARROS, 1997. p. 23

Interpenetram-se, apesar do diferente contexto ideológico que os inspirou. Não se fundem, mas se implicam de modo dialético, exercendo uma mútua influência, que os aperfeiçoa.” 112

Plá Rodriguez posiciona-se no sentido que:

[...] sobre el ambiente de trabajo, puede afirmarse que, si bien no suele haber normas específicas que establezcan la obligación de los trabajadores de respetar el derecho a la intimidad de los compañeros, ni sanciones especiales para el caso de que se infrinja esa obligación, no cabe duda de que los trabajadores deben respetar los derechos de los demás. Por tanto, pueden y deben ser sancionados si no cumplen ese deber de respeto hacia sus colegas. 113

Embora o Direito do Trabalho não faça referência aos direitos da intimidade e da vida privada, uma vez que são espécie dos direitos da personalidade assegurados na Constituição Federal, são oponíveis ao empregador, devendo ser observados independentemente de o trabalhador encontrar-se dentro do ambiente de trabalho. 114

Todavia, apesar de a intimidade e a privacidade tratarem de direitos que devem ser respeitados, o direito de propriedade, que fundamenta o direito do empregador sobre as ferramentas de trabalho, tem idêntica proteção constitucional, não podendo a intimidade se sobrepor em prejuízo do direito de propriedade. O direito à intimidade sofre limitações que não poderão agredir a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

3.2.2 Direito de propriedade

112 NASCIMENTO, apud VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno; TAVARES, Aline Aparecida da Silva. Do princípio da intimidade do empregado x poder diretivo do empregador. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 8 mai. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/21109>. Acesso em: 23 maio 2006.

113 RODRIGUES, Américo Plá. *Estudos sobre as Fontes do Direito do Trabalho*: grupo das quartas-feiras. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

114 BARROS, 1997. p.32.

O empregador tem assegurado no ordenamento o poder diretivo com fundamento no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual traz como um dos elementos do conceito do empregador a direção da prestação pessoal de serviços. Outrossim, o empregador possui a faculdade de zelar e defender o patrimônio com fundamento em princípio constitucional assegurado em diversos artigos da Constituição Federal, que é direito à propriedade. 115

Para Pontes de Miranda a propriedade, na acepção mais ampla, “[...] é o domínio ou qualquer direito patrimonial.” 116 Segundo conceitos de MANUEL FERREIRA, “direito de propriedade é a faculdade de usar a coisa, compreendendo todos os atos de aplicação ou utilização. É o poder ou faculdade de fruição, compreendendo a utilização de todos os produtos objeto de propriedade. O direito de propriedade não é um direito absoluto, na sua extensão material, nem na consistência dos poderes que encerra”. 117

Muito se discute sobre a origem da propriedade. Na Lei das XII Tábuas já constava o Direito de propriedade que previa a proteção contra os atos considerados atentatórios à existência do poder sobre as coisas, a exemplo do furto, dos danos causados por animais em propriedade alheia, dentre outros. O grande marco do direito de propriedade ocorreu com a Revolução Francesa, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, alicerçado em Locke, e previa que a propriedade seria “uma barreira intransponível para o Estado: um direito natural”, sendo consagrado como um direito inviolável e sagrado.

115 Incisos XXII do artigo 5º e incisos II do artigo 170 da Constituição de 1988.

116 PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 29.

117 Segundo Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Noções Gerais de Direito*, “O Código Civil de Portugal de 1867, definia a propriedade, como a faculdade que o homem tem de aplicar à conservação da sua existência e ao melhoramento da sua condição tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que portanto pode dispor livremente.”

No Brasil, o direito de propriedade sempre esteve previsto nas constituições. Na Carta Imperial de 1824, foi considerado como direito fundamental. Na Constituição de 1946, foi restaurada a função social da propriedade, incluindo-se como princípio da ordem econômica e social, seguindo até a Constituição Federal de 1967.¹¹⁸ O direito de propriedade também está assegurado pelo art. 1228, do Código Civil.¹¹⁹

Com base nos dispositivos que asseguram o direito de propriedade associados aos dispositivos legais que regulam o poder diretivo na relação laboral, o empregador considera legítima a adoção de medidas para a defesa do patrimônio da empresa, entre as quais o monitoramento do correio eletrônico de seus empregados.

A propriedade está assegurada na Constituição Federal¹²⁰, porém, como todo direito, não é absoluto e ilimitado, mormente quando se constata que, no inciso XXIII do mesmo diploma legal, a propriedade deverá atender a sua função social.¹²¹

A idéia da função social da propriedade é muito antiga e está ligada à própria justificação do direito de propriedade que, mesmo quando privada, deve servir ao interesse social.

O conceito de função social da propriedade recebeu relevantes contribuições da Igreja. Desde Santo Ambrósio, que

118 CALMOM, Eliana. *Aspectos constitucionais do direito de propriedade urbana*. Brasília, [200-]. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 fev. 2006.

119 “Art. 1228. O proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” (FIUZA, 2002, p. 1096).

120 “XXII – é garantido o direito de propriedade; [...]” (BRASIL, 1988).

121 “O inciso XXIII do art. 5º, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social; O artigo 170 determina que 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: [...] III – função social da propriedade; [...]” (Ibid.).

defendia uma sociedade mais justa com a propriedade comum, ou Santo Agostinho, que condenava o abuso do homem em relação aos bens recebidos de Deus, e São Tomás de Aquino, que afirma ser a propriedade um direito natural que deve ser exercido com vistas *bonum commune*, até os sumos pontífices, que criaram as diretrizes do pensamento católico sobre a propriedade, sempre, em todas as ocasiões, a Igreja avaliou a questão, visando a humanizar o tratamento legislativo e político do problema. 122

A função social, segundo a doutrina dominante, é parte integrante da propriedade: em não havendo, a propriedade deixa de ser protegida juridicamente, por fim, desaparecendo o direito. Nesse sentido, José Afonso da Silva: “a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”. 123

O Código Civil em seu artigo 1228, parágrafo 1º, também consagra a função social da propriedade, uma vez que estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas *finalidades econômicas e sociais*, entre outras, o que implica para o titular do direito outorgado uma série de ônus, como a exigência de um aproveitamento racional e eficiente. 124 A garantia outorgada pelo constituinte ao direito de propriedade é de tal importância, que foi prevista constitucionalmente em cláusula pétrea. 125

Segundo Ferreira,

ao direito de propriedade garantido
constitucionalmente pelo inc. XXII do art. 5.º
da Carta Magna, segue-se o exercício da

122 ARAÚJO, Telga de. Função social da propriedade. FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 39, p. 7.

123 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286.

124 MEIRELES, Edilton. *O novo código civil e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.p. 171

125 Artigo 60, § 4º, Constituição Federal de 1988.

atividade econômica fundada na livre iniciativa, observando o princípio da propriedade privada – CF, art. 170, II. Em igual norte, o art. 1.228 do CC assegura ao proprietário a faculdade de dar, gozar e dispor de seus bens. 126

No entanto, o empregador está submetido à responsabilidade pela reparação civil por atos que seus empregados pratiquem no exercício do trabalho que lhes competir – ou em função dele (art. 932, III. CC), embora haja culpa deles. 127

Neste sentido, afirma Belmonte,

umas das razões que levam ao rastreamento das navegações de e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados ‘Legal Disclaimers’ ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário – e não à Empresa – a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abaloamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto. 128

Para Simon, a essência do sistema capitalista, em vigor na maioria das sociedades do mundo contemporâneo, está justamente na propriedade: os capitalistas detêm os meios de produção enquanto os trabalhadores tão-somente dispõem da força de trabalho. Como a propriedade é a ênfase do sistema capitalista, conseqüentemente ela deve ser considerada o principal fundamento do poder diretivo do empresário. Entretanto, a Constituição Federal dá proteção somente à

126 FERREIRA, 2003, p. 22- 23.

127 Ibid .

128 BELMONTE, 2004b, p. 113.

propriedade que cumpre com sua função social (artigo 5º, inciso XXIII). 129

O princípio da função social ultrapassa o interesse do titular do direito e revela-se como de interesse coletivo, estando vinculado à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país, conveniente à sociedade e ao interesse público.

De acordo com Mello a expressão *função social da propriedade* pode abranger outro significado, ligado a objetivos de Justiça Social. Assim, deve haver comprometimento com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada. Com isso, o acesso à propriedade e o seu uso proporcionarão mais oportunidades aos cidadãos. Ainda, seria legítima, por exemplo, a legislação que instrísse normas que defendessem a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, conferindo-lhes participação nos lucros de qualquer empreendimento promovido por pessoa jurídica ou física com o concurso dos assalariados. 130

Por outro lado, o empregador detém a propriedade do patrimônio e a força produtiva. Porém, sem esquecer que o direito de propriedade deve ser exercido com observância de sua função social. Detém o direito de fiscalizar os empregados na defesa de seu patrimônio e a utilização dos equipamentos colocados à disposição dos empregados para realização do trabalho, uma vez que poderá responder pessoalmente pelos atos praticados pelos empregados contra

129 “É certo que esta noção de ‘propriedade’, nos dias de hoje, confunde-se com a noção de ‘controle’, mas isso não a descaracteriza. Até porque, no direito do trabalho, não importa identificar exatamente quem é o ‘dono’ do empreendimento, pois prevalece o princípio da despersonalização do empregador. Por tal motivo, a relação verdadeira e real estabelece-se entre os trabalhadores e a empresa, que, no desenvolvimento da relação laboral, faz-se representar por meio de vários ‘prepostos’. É irrelevante, portanto, para o âmbito das relações laborais, identificar a pessoa do ‘proprietário’ ou a pessoa do ‘controlador’.” (SIMÓN, 2004, p. 24).

130 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Novos aspectos da função social da propriedade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 44, out./dez. 1987.

terceiros. Ele se sujeita às implicações oriundas de práticas ilícitas que os empregados venham a praticar, ao utilizarem recursos tecnológicos da empresa. No caso, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor. A responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), é indiscutível. Para prevenirem-se contra tais litígios, as empresas vêm adotando medidas preventivas a fim de não ficarem expostas a um enquadramento legal mesmo sem culpa, em função de atitudes danosas dos empregados.¹³¹

No entanto, a faculdade concedida ao empregador de dirigir as atividades dos empregados não pode agredir a dignidade e a liberdade da pessoa humana, mormente numa sociedade democrática de direito, que tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa e solidária, além da busca da promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, I e IV, CF/88 –, objetivos esses que jamais poderão ser atingidos com a inobservância da dignidade do trabalhador. Desta forma, o empregador no exercício do direito de propriedade não tem o direito de limitar e restringir o direito individual à intimidade e privacidade igualmente protegidos pela Lei Maior de nosso país.

A adoção do monitoramento dos equipamentos eletrônicos implica no confronto de direitos fundamentais, pois, de um lado, está o direito à intimidade; de outro, o direito de propriedade, sendo que ambos são constitucionalmente garantidos. Segundo Canotilho “o conflito

¹³¹ Segundo Ferreira (2003, p. 24- 25) “Apesar das dificuldades na tipificação de algumas condutas criminas, estas se consumam através da rede corporativa: calúnia, difamação, injúria, ameaça, correspondência comercial, divulgação de segredo, violação do segredo profissional, furto qualificado, furto qualificado, dano, estelionato, violação de direito autoral, distribuição de material obsceno, incitação ao crime, apologia ao crime, violação sigilo funcional.”

de direitos surge quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular.” 132

A colisão do direito de empregados e empregadores e sua compatibilização no ambiente de trabalho, em vista do uso de e-mail e internet necessita de uma análise de forma a garantir os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

132 CANOTILHO, J.J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

4 A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTRATO DE TRABALHO

Os direitos fundamentais¹³³ surgiram como instrumento de defesa do indivíduo contra a interferência do Estado ilegítima e abusiva nas esferas de liberdade e autonomia. Despontaram como direitos de defesa na modalidade de competência negativa para o Estado. Com a evolução do próprio Estado para o modelo de Estado Social, suas atividades passaram a ser balizadas também por atitudes positivas, beneficiando os indivíduos. Neste primeiro momento, compunham

¹³³ Zeno Simm, no artigo “ Os direitos fundamentais nas relações de trabalho”. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, c. 11, p. 1287- 1288, nov. 2005, traz alguns conceitos. Diante das diversas nomenclaturas adotadas pela própria Constituição Federal como se sinônimos fossem: direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais, direitos e garantias individuais. Traz, assim, os seguintes conceitos: Para Canotilho direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, assumindo uma dimensão jus- naturalista- universalista. Já direitos fundamentais seriam os direitos do homem, jurídico- institucionalmente garantidos e limitados espaço- territorialmente. Os direitos humanos, assim, arrancariam da própria natureza humana e por isso invioláveis, intemporais e universais, ao passo que os direitos fundamentais seriam os direitos vigentes em uma ordem interna. Sarlet afirma que assim como boa parte da doutrina, fazem distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, sendo os primeiros aqueles direitos reconhecidos e positivados em um ordenamento (à semelhança do conceito de Canotilho) e estes últimos seriam os atributos reconhecidos na esfera internacional através de documentos de direito internacional, aspirando à universalização, tendo caráter supranacional. Mendes (apud SIMM, 2005) assevera que direitos fundamentais são direitos subjetivos (enquanto “outorgam aos titulares a possibilidades de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados”) e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (na medida em que formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direitos). Silva (apud Ibid.) conceitua- os como não sendo apenas aqueles que resumem a condição de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento como também no âmbito do direito positivo aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza para uma convivência digna, livre e igual. São fundamentais porque “[...] se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive.” Os direitos fundamentais têm, assim, as características de historicidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

uma relação individual (estado *versus* cidadão) para passar a um plano coletivo.

Em um primeiro momento, entendia-se que inexistia cabimento a direitos fundamentais entre direitos de particulares por estarem na mesma categoria.¹³⁴ Porém a evolução do Estado e, conseqüentemente, da noção de direitos fundamentais trouxe a necessidade de aplicação destes na busca da igualdade material, não meramente formal.¹³⁵

Direitos fundamentais são preceitos proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, com fundamento na liberdade, justiça e paz mundial e cuja preservação e inalienação é dever do Estado por força de lei. O conceito de direitos fundamentais, contudo, não pode restringir-se ao constante em um dicionário jurídico. Embora sejam utilizadas como sinônimas as expressões direitos fundamentais e direitos do homem, há como distingui-las: os direitos do homem são aqueles válidos para todos os povos em todos os tempos em uma dimensão jusnaturalista-universalista; direitos fundamentais são os direitos do homem, garantidos jurídico-institucionalmente e limitados em tempo e espaço. Os primeiros teriam origem na própria condição humana, por isso invioláveis e os fundamentais seriam os vigentes conforme a ordem jurídica.

A fase atual do direito constitucional criou um novo paradigma da lei maior de constituir-se em Estado Democrático de Direito.¹³⁶ Foi ampliada a dimensão dos direitos

¹³⁴ SIMM, 2005, p. 1290.

¹³⁵ Esta disseminação horizontal dos direitos fundamentais para os ramos privados do direito vem da necessidade de manter uma coerência interna no ordenamento e segundo em razão das disseminação da atividade do Estado em setores econômicos e sociais segundo ensina SIMM, 2005, p. 1296.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119, explica que a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas num conceito novo com a superação dos conceitos em isolado. “A democracia que o Estado de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária

fundamentais para propiciar o pleno exercício da liberdade real, por meio de intervenção do próprio Estado, de modo a garantir a igualdade substancial, conforme Gomes.¹³⁷ A natureza da relação contratual laboral atraiu facilmente a incidência dos direitos fundamentais. Nessa relação, o empregado cede parte de sua liberdade ao se colocar a serviço do empregador, a quem se subordina. Quando esta atuação extrapola os limites do razoável, é necessário o escudo dos direitos fundamentais para retomar e conciliar os interesses em conflito.¹³⁸ Esta situação assimétrica entre as partes envolvidas no contrato de trabalho dificulta a proteção deste tipo especial de direitos.

Com exceção dos direitos fundamentais que têm como sujeito passivo o Estado, os demais aplicam-se aos particulares. Haveria, nas palavras de Steinmetz¹³⁹, uma discussão entre a aplicação mediata ou imediata dos direitos fundamentais na doutrina:

no plano da dogmática constitucional, em favor da eficácia imediata, há argumentos deduzíveis ou reconduzíveis a específicas disposições da CF. Em primeiro lugar, a eficácia imediata de direitos fundamentais é uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). E isso por duas razões: a especial posição do princípio da dignidade da pessoa humana na CF e a profunda relação material entre princípio e os direitos fundamentais [...]. Condicionar a eficácia do princípio da dignidade da pessoa e de

(art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe, assim, o diálogo de opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; [...]"

137 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito fundamental ao trabalho, como suporte do direito à vida com dignidade, diante da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1333-1338, nov. 2005.

138 SIMM, 2005, p. 1291.

139 STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 272.

específicos direitos fundamentais, de forma exclusiva ou quase-exclusiva à mediação legislativa ou a parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos próprios do direito privado não é consistente nem conseqüente com o conteúdo, as funções e a força constitucionais desse princípio e desses direitos. Em segundo lugar, aceita, como definição preliminar, a tese de que direitos fundamentais vinculam os particulares [...], então, passa a jogar, de forma definitiva, em favor da eficácia imediata, como definição posterior (o 'como' da vinculação), o denominado princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Concluiu o supracitado autor que isso decorre do fato de que os particulares também são destinatários de normas de direitos fundamentais que os vinculam, considerando que há determinação de aplicabilidade das normas de direito fundamental de forma imediata, logo, normas desta natureza têm aplicabilidade imediata nas relações entre particulares.

4.2 PROBLEMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS E EMPREGADORES

O tema de direito de empregados e empregadores e sua compatibilização no ambiente de trabalho em vista do uso de e-mail e internet em geral vem sendo tratado sem uma análise mais detida da solução dos conflitos de princípios aí presentes. Grande parte dos artigos a respeito do tema limita-se a levantar a dicotomia presente entre o princípio da intimidade do empregado e o princípio da propriedade do

empregador¹⁴⁰ sem, contudo, tentar resolvê-los à luz da interpretação constitucional.

O direito do trabalho não está fora do mundo jurídico e, muito pelo contrário, necessita ser analisado de forma a garantir não só os direitos fundamentais estatuídos pela Constituição Federal. A visão sistemática mais moderna permite, assim, concluir que o direito constitucional hoje vai além da impregnação das normas de direito privado para alcançar até mesmo as normas de ordem processual.¹⁴¹

Principalmente em se tratando do direito do trabalho que, para alguns, chega a ser classificado como ramo de direito público e, para outros, como misto ou terceiro gênero, ou ainda como direito social.¹⁴² Assim, a interferência do

140 Exemplificativamente, Mauro César Martins de Souza em artigo publicado na Revista LTr., E-mail(...net) na relação de emprego: o poder diretivo do empregador(segurança) e privacidade do empregado, p. 863- 869, procede a um levantamento dos princípios em conflito, tais como segurança e possibilidade de monitoramento, direito à privacidade, inviolabilidade e o direito de propriedade, função social da propriedade, sigilo das comunicações, para ao final apenas conclamar o legislador a disciplinar a matéria, sem preocupar-se em demonstrar o que deverá prevalecer em tal regramento. No mesmo sentido, Alessandra Loyola Mistrongue e Felipe de Oliveira Kersten, no artigo também vinculado pela Revista LTr, p. 321, limitam-se a fazer uma análise dos princípios envolvidos no conflito, tais como tutela à vida privada e à intimidade, sigilo das comunicações e direito de propriedade e ainda possível assédio moral presente na prática de violação para concluir que os direitos fundamentais são absolutos, no caso, sem dizer mas referindo-se somente ao direito à intimidade, sem dizer como deixa de proteger o direito de propriedade que também está presente no conflito.

141 Guerra Filho analisa que os inúmeros estudos feitos nas últimas duas décadas sobre a estreita relação que há entre processo e constituição permitem conceber um direito constitucional aplicado a todos ramos do direito processual. Admite, contudo, que nas áreas de direito ambiental ou direito nuclear a aplicação do direito constitucional através do princípio da proporcionalidade é bem aceita porque se adapta à solução quando há conflitos de direitos envolvendo direitos individuais frente a direitos coletivos *lato sensu*. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.71).

142 Assim analisa as diversas classificações quanto à natureza jurídica do direito do trabalho (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, , p. 66-

direito constitucional é sentida e deve ser tratada com o rigor científico: ao importar seus ditames em normas fundamentais, também é devido solucionar eventuais conflitos através de seu método próprio de solução de conflitos .

Há uma tendência de constitucionalização do ramo juslaborativo com as Constituições do México, de 1917, no México e na Alemanha, em 1919, iniciando-se no Brasil, em 1934. O impacto da Segunda Grande Guerra no modo de legislar também se fez sentir no direito do trabalho através da inserção de princípios jurídicos, além de regras de conduta. O trabalho foi elevado, como um todo, ao ápice da cadeia de normas ao ser protegido pelos princípios da dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa. 143

Assim, também é necessário apreender do direito constitucional quais as suas formas de solução dos conflitos de princípios e, a partir daí, tentar compô-los.

É importante ressaltar que para alguns o problema da violação de e-mails estaria posto como crime tipificado no Código Brasileiro de Telecomunicações 144, e para outros veio a ser regulado como crime pela Lei 9.296/1996, art. 10¹⁴⁵, tipificando a interceptação de comunicações de informática. Neste caso, em que a princípio não se estaria falando em

68).
143 Logo após tratar da natureza jurídica, Delgado (2002, p. 70- 73,) destaca a interação necessária entre o direito do trabalho e o direito constitucional, com outros princípios gerais do ordenamento jurídico, com o direito civil e o previdenciário.

144 É o que afirma MISTRONGUE e KERSTEN (2004, p. 321), sobre a posição de autores a respeito da Lei 4.117/1962, art. 56: Prática crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafo ou qualquer documento ou arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

145 Lei 9.296/96, art. 10: “Constitui crime realizar interceptações de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.” (BRASIL, 1996.).

conflito de princípios, como se defende, mas de descumprimento de regra.

Ainda assim, esta regra que tipificaria como crime a violação dos e-mails, protegendo o direito à intimidade, estaria em confronto com o direito de propriedade¹⁴⁶, gerando conflito que necessitaria ser resolvido à luz dos cânones interpretativos constitucionais.

4.3 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS COMO NORMAS

A doutrina ao examinar a estrutura dos direitos fundamentais, aponta duas espécies de normas: os princípios e as regras. A distinção é a chave para solução dos problemas da dogmática dos direitos fundamentais.¹⁴⁷

Regras e princípios devem ser entendidos como normas porque ambos expressam um dever ser, ambos podem ser formulados com ajuda de expressões deônticas básicas (permissão/vedação). Assim, sua distinção é de tipos de normas em que se constituem. O critério mais frequentemente utilizado é o da generalidade: princípios como normas de grande generalidade e as regras com baixo grau de generalidade.¹⁴⁸

Porém esta distinção nem sempre foi entendida assim. É possível, segundo Ávila¹⁴⁹, traçar um panorama da evolução da distinção entre princípios e regras.

146 Apenas com o fito de conceder uma breve visão, pois o tema será mais bem detalhado adiante, Alexy afirma que princípios influenciam na enunciação de regras e que ao final, entre um princípio e uma regra, o conflito resolve-se pelo conflito de princípios. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

147 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81-172

148 ALEXY, 1997, p. 81-82.

149 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26-31.

Haveria as assim chamadas distinções fracas. Para Esser¹⁵⁰, o critério distintivo dos princípios em relação às regras seria “a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”. Explica Ávila que¹⁵¹ “os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica”. Assim, prossegue: “os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra”. E Canaris¹⁵², no dizer de Ávila, afirma: “duas características afastam os princípios das regras: primeiro o conteúdo axiológico” (os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização); segundo, “os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”.

Também haveria um segundo grupo, as das distinções fortes, segundo Ávila¹⁵³,

as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all- or- nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

A distinção baseia-se mais intensamente no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas. Neste grupo, encontra-se também Alexy,

150 Ibid., p. 27.

151 Ibid., loc. cit.

152 Ibid., loc. cit.

153 Ibid., p. 28.

cuja posição parece ser a mais adequada, ao acreditar na diferenciação de regras e princípios por um critério qualitativo, por não acreditar nos critérios, até então, propostos. 154

Um dos critérios propostos para diferenciar princípios de regras é a do caráter hipotético-condicional, para Ávila 155. Por este critério “as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se*”. Já os princípios “apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador, para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto”. Assim, “as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz”.

Esse critério sofre críticas, segundo Ávila 156, por ser impreciso. O conteúdo normativo de qualquer regra, seja norma ou princípio, “depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação”. Ou seja, vai depender da decisão interpretativa: “a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa”; o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética. Para Ávila,

não é correto afirmar que um dispositivo constitucional *contém* ou *é* um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins que lhe são, potencial e axiologicamente, subjacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como uma regra ou como princípio.

154 ALEXY, 1997.

155 ÁVILA, 2004. p. 31.

156 Ibid. p.32

Outro critério analisado na obra de Ávila é o do modo final de aplicação. No seu entendimento sobre o que pensam os demais autores sobre tal critério, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo critério do modo final de aplicação, sendo as regras aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada), ao passo que os princípios o são de modo gradual (mais ou menos).

Ávila afirma que este critério pode ser parcialmente reformulado. Em verdade, o modo de aplicação é decorrente de conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Ainda, porque há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado *a priori*, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto. Nessas hipóteses, o caráter absoluto da regra se perde em favor de um modo mais ou menos de aplicação¹⁵⁷. Portanto, todas essas considerações

¹⁵⁷ Ávila (2004, p. 39) prossegue afirmando que: “todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”. Assim, “importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação. Somente nesse momento é que podem ser compreendidas se e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas (...). Nesse sentido após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se estremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica; (...) no caso das regras, as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação.” Esse critério perde um pouco sua força quando se constata, “de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (...) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados.” Entende que quando uma regra colide com outra regra, deve-se ponderar, pois ainda que entre em conflito uma com a outra, pode não perder sua validade, e a solução é dar peso maior a uma delas.

demonstrariam que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas¹⁵⁸ e é exatamente aqui que se diferencia da obra de Alexy, como adiante examinaremos.

Segundo Ávila, 159

as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção . 160

158 Ávila (2004, p. 50) afirma ainda que “A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.” Assim, p. 55, “Tanto as regras quanto os princípios devem ser aplicados de tal modo que seu conteúdo de dever- ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever- ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso, *prima- facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.” (...) “O conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação, ou seja, o mandado de otimização consiste numa proposição normativa sobre os princípios e, como tal, atua como uma regra (norma hipotético- condicional): será ou não cumprido”.

159 Ibid, p. 70.

160 ÁVILA (2004, p. 70- 76) afirma que, assim, os princípios “estabelecem um fim a ser atingido”. Utilizando- se de Ota Weinberger , Ávila ensina que: “um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um *conteúdo* como pretendido”. Os conteúdos desejados “podem ser o alcance de uma situação terminal

Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Contudo,

embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores à medida que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios se afastam dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento. 161

Alexy afirma que a diferença principal entre um e outro é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das condições jurídicas e reais existentes – assim, são mandatos de

(viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a perseguição de um processo demorado (aprender o idioma alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer, mas apenas um conteúdo desejado. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios.” O autor dá como exemplo o princípio da moralidade que “exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para a efetivação de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio”.

otimização.¹⁶² Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, tem que ser cumprida, sendo constituída de determinações. Por isso, não é o seu grau que as difere.

Porém a correlação entre valores e princípios pode ser entendida de modo diferente. Alexy avalia princípios como razões para confecção de normas (no sentido de jurisprudência, de decisão do caso concreto), sendo, assim, razões para ações.¹⁶³

Os princípios permitem, em sua visão, conhecer seu conteúdo valorativo de forma fácil, sendo razões para numerosas regras e possuem papel de destaque no ordenamento. No entender de que somente os princípios podem inspirar regras, os princípios não poderiam ser aplicados diretamente aos casos concretos se fossem regulados também por normas. Parece correto que princípios inspirem regras, e estas, por sua vez, aplicam-se no caso concreto, mas regras podem ser razões para regras também na lição de Alexy.¹⁶⁴

Os princípios podem ter suas razões desprezadas por razões opostas, não oferecendo determinação contra os princípios contrapostos. As regras já possuem uma determinação do âmbito de suas possibilidades fáticas e jurídicas, que, se fracassadas estas determinações, a regra é inválida.

Para Dworkin¹⁶⁵, todos princípios têm caráter *prima facie* e as regras possuem determinações, esta visão necessitaria ser melhorada, para Alexy. No caso das regras, porque estas permitem a cláusula de exceção o que retira o caráter de definitividade da regra, bem como porque é possível introdução de uma cláusula de exceção na base de um princípio. Ainda, os princípios, no caso concreto, podem ceder frente a outros, caráter que pode ser reforçado introduzindo uma carga de argumentação em seu favor, mas o que não vai aproximar do

162 ALEXY, 1997. p. 86.

163 ALEXY, 1997. p. 102.

164 Ibid, p 103.

165 DWORKIN, 1978.

efeito determinante das regras, diferenciando o caráter *prima facie* dos princípios e das regras.

Tanto as normas que concedem direitos fundamentais como as que ordenam a persecução de interesses da comunidade podem ser concebidas como princípios.

A necessidade de ponderar os princípios fundamentais envolvidos vem da lição de Alexy, na qual inexistem princípios absolutos. Princípios absolutos seriam aqueles que, em nenhum caso, podem ser desprezados por outros, o que afastaria o caráter de *prima facie* dos princípios.¹⁶⁶

No nosso ordenamento, que possui direitos fundamentais reconhecidos, este argumento pode ser refutado, uma vez que existem direitos fundamentais relativos à proteção dos indivíduos e das coletividades. A afirmação de absoluto dos direitos das coletividades¹⁶⁷ conduzirá à negação dos demais direitos fundamentais individuais, pois não encontrariam barreiras. Também os direitos individuais, se não for possível limitá-los por nada, implicariam a violação dos demais direitos individuais e coletivos envolvidos. Os direitos individuais, por sua vez, se todos forem tidos como sendo princípios absolutos, o direito de cada indivíduo se sobreporia ao do outro.¹⁶⁸

Visando a resolver tal situação, será necessário atribuir competência para o Estado balizar a esfera de alcance dos interesses coletivos e individuais, o que redundará em restrição de direitos fundamentais, a fim de assegurar maior

166 ALEXY, op cit., p. 99

167 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direitos Constitucional. 1999, p. 64 explica que, para ter a exata noção do duplo caráter dos direitos fundamentais, estes devem ser vistos como: os interesses coletivos. Na verdade, como o somatório de interesses individuais, assim como os interesses públicos são o somatório de interesses individuais e coletivos, não se podendo realmente satisfazer interesses públicos sem contemplar direitos individuais e coletivos.

168 ALEXY, 1997, p. 106.

eficácia deles próprios, pois não podem ser simultaneamente atendidos absoluta e plenamente. 169

Diante desta necessidade de balizamento, o princípio da proporcionalidade, como desdobramento que é do princípio da isonomia, é essencial ao mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em conflito, sendo indispensável para garantir a preservação dos direitos fundamentais. 170

4.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quando existem conflitos nos quais há direitos fundamentais em jogo, como o direito à intimidade e ao segredo das comunicações, devem ser ponderados mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, afirma Paiva. 171 E comenta: “isso suporá analisar se a medida é adequada para conseguir o objetivo que se pretende, desde que não exista outra medida que possa alcançar o mesmo objetivo sem produzir tal restrição ao direito”. Assim, o problema coloca-se em como aplicar este princípio e no que, na verdade, ele se constitui.

O princípio da proporcionalidade tem raiz histórica como “[...] técnica para controlar e limitar o direito de polícia da Administração Pública”. Com o passar do tempo, há sua expansão, verificando-se ser, atualmente, “[...] técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais”, aplicável não só aos poderes públicos 172, como também às relações particulares, como já citado alhures. 173

169 GUERRA FILHO, 1999, p. 65

170 Ibid. p. 65

171 PAIVA, 2002b, p. 485

172 STEINMETZ, Wilson. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 145.

173 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. (A resolução das colisões entre princípios constitucionais. *Revista discente*, Florianópolis, ano 2, n. 2, p. 151-182, jul. 2003). O direito administrativo consagrou o princípio da proporcionalidade como uma evolução do princípio da legalidade, inicialmente ligando-se a proporcionalidade unicamente às penas. Em um segundo momento, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem adequados ao cumprimento das

Alerta Steinmetz para a dificuldade de conceituação deste princípio em face da sua própria complexidade e das oscilações terminológicas e imprecisões conceituais por vezes denominadas pela jurisprudência alemã, de proibição de excesso, outras de princípio da proporcionalidade em sentido estrito (que hoje é a denominação para o seu terceiro subprincípio). 174

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, usa indistintamente como sinônimos o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, negando sua divergência de matriz histórica, assim como parte da doutrina nacional. 175

A isonomia em sentido estrito, enquanto afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, determina a atribuição de direitos civis e políticos, enquanto que a distribuição dos deveres e ônus correlatos obedece à isonomia relativa ou proporcionalidade. Uma outra significação tem o princípio da proporcionalidade, como distinto do princípio da igualdade, enquanto proibição de excesso¹⁷⁶ aqui compreendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de confronto com outro, na medida fática e juridicamente possíveis.

finalidades da lei e quer os meios usados não ferissem em demasia os direitos do cidadão.

174 STEINMETZ, 2001. p. 147.

175 CRISTÓVAM, 2003, p. 162, acredita que o princípio da proporcionalidade não passa de uma faceta da razoabilidade. Afirma que uma análise mais detida encontrará os pontos de distanciamento entre tais princípios, além da diferença de origem. Segundo o autor “enquanto a proporcionalidade se consolidou verdadeiramente como máxima de ponderação, a razoabilidade se coloca como evolução substancial do princípio do devido processo legal.”

176 GUERRA FILHO, Willis Santiago. 1999. p. 65, explica que nesta concepção o princípio da proporcionalidade aparece como mais importante do que o princípio da isonomia, embora ambos sejam pressupostos da existência dos direitos fundamentais. Enquanto o princípio da isonomia determina abstratamente a extensão a todos de direitos, o princípio da proporcionalidade permite concretamente a distribuição compatível dos mesmos.

Assim, o princípio da proporcionalidade:

[...] pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional. 177

O Tribunal Constitucional Alemão, na lição de Steinmetz, decompôs o princípio em três subprincípios: princípio da adequação (ou idoneidade ou conformidade), princípio da necessidade (também denominado de exigibilidade ou indispensabilidade), e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. 178

Conceituando princípios como mandamentos de otimização, Alexy, ao examinar o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais, argumenta que os subprincípios da adequação e necessidade seriam a análise dos princípios como “[...] mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.” 179

O subprincípio da adequação, atuando no caso concreto, determina se a decisão normativa que resulta de limitação ao direito é o meio adequado ao alcance do fim colimado. “Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido” 180.

O problema reside em como afirmar se um meio é adequado, o que, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, somente é possível pelo questionamento da plenitude do alcance do fim pretendido, de forma negativa. Vários são os meios possíveis, mas, na análise do caso concreto, somente será

177 STEINMETZ, 2001, p. 149.

178 Ibid, p. 148-149

179 ALEXY, 1997, p. 86.

180 STEINMETZ, op cit., p. 149.

avaliado o meio utilizado como capaz de alcançar o objetivo. 181

O subprincípio da necessidade para o Tribunal Constitucional Alemão revela-se como postulado do meio mais benigno. Deve ser compreendido como restrição necessária, no sentido de meio necessário à satisfação dos fins. 182

Podem ser identificadas quatro notas essenciais no princípio da necessidade, segundo a análise de Steinmetz. 183 O primeiro ponto é o da “ingerência mínima no exercício do direito fundamental”; o segundo aspecto é sobre a possibilidade de haver medida menos gravosa (princípio da desconfiança); a terceira nota é a necessidade de comparar as medidas de restrição com base na menor prejudicialidade e, em caso de empate neste item, verifica-se qual o meio mais eficaz 184; a quarta nota é a análise da dimensão empírica do meio menos prejudicial.

A proporcionalidade em sentido estrito determina que seja estabelecida uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, sendo aceito o juridicamente melhor possível, 185 com o que concorda Alexy, asseverando que o subprincípio da

181 GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Civitas, 1986. p. 297

182 ALEXY, 1997, p. 114.

183 STEINMETZ, 2001, p. 151. O autor refere ter baseado sua explanação em Serrano.

184 Aponta o autor (Ibid.) para o seguinte problema acaso exista um meio menos gravoso do que outro, porém menos eficaz, então qual deverá ser utilizado. Para a doutrina e jurisprudência alemãs é necessário que a eficácia do meio menos gravoso seja, no mínimo, igual a do mais gravoso, senão não poderá ser exigível a substituição pelo menos gravoso. Ou ainda, pode ser enunciado que para a utilização do meio menos gravoso é suficiente que seja capaz de alcançar a finalidade perseguida. Em posição contrária, Cristóvam (2003, p. 166) afirma: “Não se pode adotar medida excessiva para simplesmente garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza na satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetem sensivelmente os direitos fundamentais dos cidadãos.”

185 GUERRA FILHO, 1999, p. 68

proporcionalidade em sentido estrito configura um mandamento de otimização das possibilidades jurídicas.

Assim, não deve ser ferido o conteúdo essencial do direito fundamental em análise, o que geraria o desrespeito a outro princípio, o da dignidade humana, por ter sido violado um direito fundamental reconhecido. Ainda, mesmo que haja desvantagens consideradas em isolado ou coletivamente, a aplicação deste princípio vai importar em respeito a outras ordens de valores.¹⁸⁶

Este subprincípio é o da justa medida, assim delineado pelo Tribunal Constitucional Alemão: a medida não deve representar uma carga excessiva para os afetados; o meio deve ser racional para os afetados; os limites da racionalidade devem ser garantidos.¹⁸⁷

Dessa forma, “[...] o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação.”¹⁸⁸ Isto porque proclama a valorização e a ponderação dos bens reciprocamente considerados.

A formulação de Alexy da lei ponderação, que adiante será analisada, na visão de Steinmetz, nada mais é do que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁸⁹

4.5 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE PRINCÍPIOS

Não basta afirmar, como Paiva¹⁹⁰, que o direito à privacidade não é possível de relativização, sendo do tipo de garantia constitucional, que é absoluta, e vincula-se ao sentido da existência de uma lei maior, protegendo a dignidade da pessoa humana. Como já demonstrado ao longo do presente, está-se diante de uma colisão de conflitos que deve ser

186 STEINMETZ, 2001, p. 153

187 GAVARA DE CARA, 1994, p. 309.

188 STEINMETZ, 2001, p. 152

189 Ibid, p. 153

190 PAIVA, 2002b, p. 485

solucionada sem os ranços da retórica da absolutividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Quando se procede à análise de situações que contemplam colisões entre princípios constitucionais, deve ser exercido um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e o direito por ela restringido, a fim de ponderar sobre a justiça da situação amparada.¹⁹¹

Segundo Alexy, o fundamento ao princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se excluam, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça.¹⁹² Explica o autor que a colisão de princípios faz com que um ceda perante o outro, o que só é possível no exame do caso concreto. Como todo princípio é válido, ao contrário do que acontece com as regras, a questão é seu peso perante o caso concreto.¹⁹³

Diferentemente das regras, adverte Alexy, que o conflito de princípios não se resolve dizendo que todos os princípios são válidos ou introduzindo uma exceção em um dos princípios para casos futuros. Deve ser estabelecida uma *relação de precedência condicionada* – de forma a estabelecer as condições em que um princípio precede a outro.¹⁹⁴

A solução da colisão de princípios terá por base uma “*lei de colisão*” que pode ser expressada como: “[...] as condições sobre as quais um princípio precede a outro constitui o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”.¹⁹⁵

Como resultado de toda ponderação de direito fundamental correta, pode-se formular uma norma de direito

191 CRISTÓVAM, 2003, p. 166

192 ALEXY, 1997, p. 115

193 Ibid, p. 87-90

194 Ibid, p. 89.

195 PAIVA, 2002b, p. 94.

fundamental com caráter de regra pela qual pode ser subsumido o caso. 196

Ao Poder Judiciário fica a tarefa de avaliar, no caso concreto, quais dos princípios em colisão têm maior peso, segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve ser efetivado numa relação de precedência condicionada. 197

A máxima de ponderação, segundo Cristóvam, determina seja examinado o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a decisão procurou atender: “Quanto mais alto o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar”. 198

Há, porém, os que não concordam com ponderação de bens, como Otto y Pardo¹⁹⁹. Para este, existem limites aos direitos fundamentais decorrentes da necessidade de conciliar, tais direitos, com outros bens ou valores constitucionalmente protegidos. O primeiro problema com a solução através da ponderação é de que se estaria diante de um bem constitucionalmente protegido para, então, concebê-lo como limitador dos direitos fundamentais, bem como de outros valores. Isso implicaria a possibilidade de ser aceita qualquer decisão pela imprecisão e vagueza de tais conceitos. 200

Segundo Alexy, as objeções metodológicas são corretas à medida que indicam que, frente a um caso concreto, pode

196 ALEXY, 1997, p. 95

197 CRISTÓVAM, 2003, p. 167

198 CRISTÓVAM, 2003, p. 167.

199 OTTO; PARDO, 1988 apud STEINMETZ, 2001, p. 200.

200 STEINMETZ, 2001, p. 200 traz o entendimento de Otto e Pardo no sentido de que ao invés de solucionar a colisão de direitos fundamentais a partir dos dados jurídico-positivos de bens, pretende-se determinar o alcance dos direitos e bens em jogo sem critérios teóricos que permitam estabelecer sua correta magnitude. Afirma aquele autor que, na ponderação, há muitas incertezas. Por isso, ao invés, deve-se buscar a solução pela interpretação sistemática e unitária da Constituição.

haver mais de uma solução. Mas erram ao pretenderem provar a irracionalidade da ponderação, sendo esta a função da lei de colisão. 201

A teoria da lei de colisão dos princípios constitucionais não se sustenta sem o arrimo de uma sólida teoria da argumentação jurídica, coerente o bastante para fundamentar a decisão pela preponderância de um princípio constitucional em contraposição a outros. 202

Assevera Alexy que é certo que a decisão jurídica não será uma decorrência lógica das formulações a respeito das normas jurídicas, em virtude da vagueza da linguagem, da possibilidade de conflito entre as normas, dos casos de lacuna e também da existência de decisões contrárias à lei. A fundamentação será de ordem metodológica que vise à racionalidade na fundamentação jurídica e correção das decisões. 203 Esta mudança de postura, para Cristóvam, deve-se ao rompimento com o modelo lógico formal-positivista, que teve seu marco nos estudos na tópica. 204 As decisões jurídicas já não são mais vistas como anteriormente.

No sentido de harmonizar os interesses conflitantes dos empregados e empregadores, entre os direitos dos empregados e os poderes do empregador, sugere Dal-Ré²⁰⁵ duas orientações que vêm ao encontro do que vem sendo tratado no presente tópico. Afirma que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é absoluta, havendo uma colisão entre o direito à liberdade do trabalhador e o poder empresarial que se soluciona pelo critério da ponderação, aqui já examinado.

201 ALEXY, 1997, p. 158.

202 CRISTÓVAM, 2003, p. 172.

203 ALEXY, 1997, p. 157.

204 CRISTÓVAM, 2003, p. 173, assevera que o paradigma tópico-retórico serviu de base para o lançamento de uma nova hermenêutica constitucional, uma nova forma de justificar e legitimar o direito, respaldado por uma lógica axiológica, valorativa, um modelo que reconhece e tem como principal esteio a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais. Daí decorre a enorme importância das idéias lançadas pelo modelo lógico material para o estudo e estabelecimento de uma nova teoria da argumentação jurídica.

205 SIMM, 2005, p. 1297.

Ainda, afirma que, em verdade, não há colisão, mas necessidade de modulação, uma vez que os direitos dos trabalhadores não vão se sobrepor, sendo devida à coordenação dos direitos em conflito, delimitando o conteúdo do direito fundamental constitucionalmente protegido e trazendo para o âmbito do contrato, dentro do princípio da autonomia da vontade e da boa-fé.

Afirma Simm: “[...] os direitos fundamentais do trabalhador só podem sofrer limitações ou restrições se estas forem proporcionais ou se mostrem imprescindíveis”.²⁰⁶

Baseado no entendimento do Tribunal constitucional da Espanha, Simm assevera que os trabalhadores, no seio das relações trabalhistas, podem exercer seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, porém somente no estritamente necessário. Assim, pondera: “[...] sempre que o empregador dirigir ao empregado ordens manifestamente ilegais ou ilícitas, ou sempre que sacrificar ou tentar sacrificar direitos fundamentais do trabalhador de forma inadequada ou desproporcional, cabe a este empregar seu *jus resistentiae*”.²⁰⁷

No caso específico abordado por esta pesquisa científica do monitoramento de e-mails, estão em colisão o direito à intimidade do empregado e o direito à propriedade dos meios de produção do empregador, sendo que entre estes deve ser estabelecida a ponderação.

Podem ser apresentadas duas situações concretas a serem analisadas: a primeira, quando o empregado não tem conhecimento da possibilidade do monitoramento de seus e-mails pelo seu empregador, tampouco de qualquer restrição ao uso dos meios de produção a seu dispor; e, a segunda, quando, no ato

²⁰⁶ SIMM, 2005, p. 1298. E prossegue falando de Castilla-La Mancha que concorre aqui o princípio da neutralidade que deve presidir a conduta do empresário. Consiste este princípio na liberdade e autonomia na organização da empresa que impede que este esteja obrigado a uma atuação em positivo em respeito aos direitos fundamentais dos empregados.

²⁰⁷ SIMM, 2005, p. 1298.

da admissão, é-lhe informada a possibilidade, ao menos em potencial, de virem a ser examinadas as mensagens e contatos por ele mantidos.

Na primeira situação, não se pode compreender que o empregado saiba ou admita a possibilidade de vigilância dos e-mails por ele remetidos. O simples fato de o maquinário pertencer ao empregador e ser entregue ao uso do empregado para o desempenho de suas tarefas não traz como consequência lógica e inerente o monitoramento dos e-mails.

Já na segunda situação, em verdade, não há direito à intimidade violado, na medida em que, diante do alerta patronal de possibilidade de devassa dos e-mails e dos ditames de boa-fé, que, na lição de Rodrigues²⁰⁸, devem nortear o contrato de trabalho, o empregado, se entender que deva manter contatos estranhos aos estritamente necessários ao desempenho de suas funções, estará permitindo a intromissão.

Neste último caso, a restrição ao direito à intimidade vai ser possível porque guardado um mínimo respeito (dever de informação ao empregado), que garante, no caso concreto, a moderação, ou se preferir, ponderação ou coordenação com o direito de propriedade do empregador. A restrição vai obedecer aos subprincípios do princípio da proporcionalidade: adequação e necessidade, aqui compreendidos como meio apto e eficaz de controlar os níveis de produção e de tempo desperdiçado em horário de trabalho, bem como a propriedade alheia dos meios postos à disposição do trabalhador. Também respeitará a proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que contratualmente estará sendo limitado o direito do trabalhador, porém de forma clara e precisa.

Esta posição adotada encontra ressonância no direito comparado e afigura-se como também uma aplicação do princípio da proporcionalidade, em razão da medida de sua justeza.

208 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

5 O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO

5.1 A QUESTÃO EM OUTROS PAÍSES

O uso e a fiscalização do correio eletrônico corporativo geram debates em todo o mundo, pois são inúmeros os reflexos ocasionados pelo impacto da era virtual nas relações de trabalho.

Segundo Nogiri, nos EUA - no caso *United States v. Welley J. Stalina*, , partiu-se do entendimento de que a possibilidade de monitorar as mensagens eletrônicas é notória, visto que não há motivos para se crer que os e-mails não serão lidos. Segundo dados revelados, a expectativa de privacidade é baixa.²⁰⁹

Nesse mesmo país, conforme pesquisas de Vargas²¹⁰, não há uma “razoável expectativa de privacidade”, já que as intenções de controle e revista, por parte da empresa, são nítidas. Ele ainda afirma que há uma forte corrente que defende a inexistência de direito do empregado a qualquer privacidade em suas comunicações por e-mail em sistemas de propriedade da empresa. Tal posição encontra respaldo em duas decisões da Corte de Apelação do Estado da Califórnia – casos *Bourke v. Nissan Motor*²¹¹ y *Shoar. V. Epson América Inc.*²¹² No primeiro caso, o Tribunal decidiu contra o empregado, não legitimando a existência de “razoável expectativa de privacidade”. No segundo, considerou que a lei de privacidade

²⁰⁹ NOJIRI, 2005, p. 104

²¹⁰ VARGAS, 2002, p. 68.

²¹¹ N°YC003979 (Disponível em: <http://www.Loundy.com/CASES/Bourke_v_Nissan.html>)

²¹² Caso B 07323, de 14.04.1994 (Disponível em: <<http://www.law.seattleu.edu/chonm/Cases/shoars.html>>).

das comunicações telefônicas da Califórnia ²¹³ não se aplica a novas tecnologias.

Na realidade, não há regulamentação específica a respeito do assunto, em que pese a sociedade estar envolta por sucessivos e crescentes crimes praticados via internet – denúncias de pedofilia, assédio sexual, ameaças entre colegas de trabalho e atitudes similares. Os tribunais americanos concordam com o monitoramento, em especial quando há uma comunicação prévia aos empregados ou na hipótese de séria suspeita de conduta criminosa. ²¹⁴ Já, segundo Paiva, os Estados Unidos possuem leis que proíbem interceptação de comunicações eletrônicas, salvo quando o interceptado autoriza tal procedimento. ²¹⁵

A Alemanha, em termos de legislação trabalhista, editou norma denominada *Datenschutz*, que estabeleceu regras para o monitoramento dos equipamentos eletrônicos dos empregados. Tal norma reza que os empregados sejam informados da política de controle da empresa no tocante à internet. Num primeiro momento, a comunicação entre os indivíduos fica protegida contra o monitoramento. O empregador pode permitir o

²¹³ Califórnia Penal Code sec. 637: “Every person not a party to a telegraphic or telephonic communication who willfully discloses the contents of a telegraphic or telephonic message, or any part thereof, addressed to another person, without the permission of such person, unless directed so to do by the lawful order of a court, is punishable by imprisonment in the state prison, or in the county jail not exceeding one year, or by fine not exceeding five thousand dollars (\$5000), or by both fine and imprisonment.” (PAIVA, Mario Lobato. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente laboral. *AR: Revista de Derecho Informático*, [...], n. 51, out. 2002e. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org>>. Acesso em: 20 fev. 2006).

²¹⁴ DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001. p. 17

²¹⁵ Paiva (2002e), refere as normas estabelecidas no The Federal Wiretapping Act y Electronic Communications Privacy Act de 1986, que proíbe a interceptação de comunicações eletrônicas, porém, permite exceções como a dada através do consentimento do afetado. Segundo o autor “Muitos Estados tem adotado leis similares a esta lei federal como o Estado de Maryland e o da Flórida, que requerem o consentimento de ambas as partes antes de que o empregador possa vigiar o correio eletrônico. Assim a jurisprudência americana tem resolvido na maioria dos casos a favor do monitoramento do correio eletrônico pelas empresas.”

uso da internet (não é obrigado); todavia, se o permitir, não lhe é permitido conhecer o conteúdo das mensagens.²¹⁶

No Reino Unido, promulgou-se a *Regulation of Investigatory Powers Act 2002*, que trata da necessidade de o empregado autorizar o monitoramento do seu e-mail. Além disso, a *Telecommunications Regulations 2000* aborda várias hipóteses para que as mensagens sejam interceptadas, como provar um fato; averiguar se os funcionários estão agindo de acordo com o que fora estipulado; prevenir ou investigar um crime; assegurar a efetiva operação. Ainda foi criada a *Data Protection Act (DPA)*, que trata de assuntos afins.²¹⁷

Segundo comentários de Paiva acerca da referida norma, lá, no Reino Unido, a empresa é autorizada a controlar, interceptar e gravar qualquer chamada telefônica, correio eletrônico ou navegação pela internet, sem o consentimento do empregado, desde que a finalidade de tal interceptação esteja explícita em algum preceito legal. Tal procedimento legal fez surgirem inúmeras discussões por trazer dispositivos contrários a normas superiores internacionais, tais como o direito à privacidade, garantido no art. 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos, a qual foi integrada ao ordenamento jurídico britânico (*Human Rights Act*), como a normativa vigente de proteção de dados (*Data Protection Act*).²¹⁸

Na Dinamarca, firmou-se acordo entre a *Dansk Handel & Service* e a *HK Service*, o qual, certamente, servirá de referência para regular questões similares nas relações de trabalho. Conforme o ajuste, deve ser comunicado ao funcionário o monitoramento da internet e do e-mail dos empregados. Tal monitoramento deve ocorrer só em caso de relevante razão para tanto, e ainda com advertência prévia. Ainda, segundo acordo, devem ser estabelecidas regras a respeito do acesso a e-mails de empregados dispensados ou

²¹⁶ NOJIRI, 2005, p. 104.

²¹⁷ Ibid. p. 104

²¹⁸ PAIVA, 2002c, p. 487.

ausentes do trabalho, bem como regras para o seu arquivamento e eliminação.²¹⁹

Na Inglaterra, a questão está regulamentada na *Regulation of Investigatory Powers Act 2.000*, permitindo o acesso do correio eletrônico do empregado utilizado de forma indevida, cujo uso não foi autorizado pelo empregador.²²⁰ Segundo Duarte e Tupinambá²²¹, na Inglaterra, a legislação, que dá amplos poderes de monitoramento às empresas teria gerado protestos de trabalhadores amparados pelos sindicatos. Face os protestos, os legisladores se comprometeram a estudar a instituição de novas regras, que possam obrigar os empregadores a pedir autorização a seus empregados para fazer o controle.

Segundo Paiva, na França no caso *Tareg Al Baho, Ministere Public/Francoise V, Merc Fet Hans Ho Tribunal Correccional de Paris* condenou os diretores da Escola Superior de Física e Química Industrial de Paris por violação do segredo de correspondência de empregado, porque suspeitaram que o mesmo estava sendo usado para fins pessoais. A Justiça francesa entende que as contas de correio eletrônico estão amparadas pelo segredo de correspondência.²²²

Conforme Lima²²³,

a Lei *Informática e Liberdades* francesa 78-17, de 06.01.78, expõe claramente, em seu primeiro artigo, que (6) a informática deverá ser colocada a serviço de cada cidadão, sendo que ela não poderá atentar nem à identidade humana nem aos direitos do homem, bem como não poderá atacar a vida privada nem as liberdades individuais ou públicas. [...] O referido diploma funda a *Comissão Nacional de Informática e de Liberdade* (CNIL), órgão vinculado ao governo francês ao qual cabe atuar como entidade verificadora das disposições

²¹⁹ NOJIRI, 2005, p. 105

²²⁰ PAIVA, 2002d., p. 36

²²¹ DUARTE; TUPINAMBÁ, 2001, p. 17.

²²² PAIVA, 2002c., p. 36.

²²³ LIMA, Firmino Alves. Os avanços tecnológicos e a maior possibilidade de controle sobre os cidadãos. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 113-119, jul./set. 2003. p. 115.

estabelecidas na referida Lei, com função reguladora e também informativa das pessoas sobre seus direitos (art. 6º).

Já na Bélgica, o entendimento do Tribunal de Bruxelas é de que o correio eletrônico pessoal pertence à vida privada do empregado. A remessa de correio eletrônico pessoal enviado, a partir da empresa, pertence à vida privada do trabalhador, conforme decisão proferida com base no artigo 8º, do Convênio Europeu de Direito Humanos. Segundo o Tribunal, o número de correios enviados, o tamanho e seu caráter privado são dados suficientes para a empresa proceder e legitimar a sanção a ser aplicada. Não há, segundo o Tribunal, necessidade de intervir no conteúdo do correio eletrônico. 224

Na Holanda, a lei de proteção de dados pessoais, editada em 2001, permite o monitoramento das atividades eletrônicas dos trabalhadores, desde que haja a participação do sindicato ou representante dos trabalhadores para acompanhar ou elaborar o sistema de controle. Todavia, a exemplo da tendência mundial de entendimento, obriga a empresa a divulgar as metas de controle do correio eletrônico aos trabalhadores. 225

No Japão, a lei de interceptação das comunicações entrou em vigência no ano de 2000, no entanto restringe o acesso dos correios eletrônicos no curso da investigação de crimes sérios, como assassinato. 226

Lima²²⁷ destaca o texto espanhol da *Ley Orgánica 05/92*, que regula o tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal,

Artículo 4. Calidad de los datos. Solo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las

224 PAIVA, 2002c., p. 37

225 Ibid.

226 Ibid.

227 LIMA, 2003, p. 116.

finalidades legítimas para las que se hayan obtenido.

Observa-se, portanto, que a tendência em outros países é oficializar normas que dêem ciência aos empregados da política de controle adotada pela empresa no tocante ao uso da internet.

5.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A discussão acerca do monitoramento do correio eletrônico corporativo trata-se de tema recente, com poucos casos levados para apreciação do Poder Judiciário conforme se infere das decisões inclusas ao final deste trabalho. O entendimento jurisprudencial sobre a questão não é unânime, uma vez que são distintas as interpretações acerca da aplicação das garantias constitucionais envolvidas.

5.2.1 Tribunal Superior do Trabalho

O conhecido caso da justa causa aplicada a empregado bancário que divulgou material pornográfico utilizando-se de correio eletrônico corporativo, foi levado para a apreciação do Tribunal Superior do Trabalho.²²⁸ O Juiz de primeiro grau entendeu que era nula a justa causa que despediu o empregado, com fundamento nas garantias constitucionais de violação de intimidade e o sigilo da correspondência, estendendo à equiparação de comunicações telegráficas e dados telefônicos. Conseqüentemente, declarou nula a prova que foi obtida de forma ilícita (CF, art. 5.º, XII). O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, ao apreciar o recurso ordinário do banco reclamado, reformou a decisão de origem. Entendeu a 3ª Turma do Regional que todos os instrumentos são de propriedade

²²⁸ A sentença e acórdãos encontram-se reproduzidos na íntegra nos anexos. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613/2000- 013- 10- 00 - PROC. Nº TST- RR- 613/2000- 013- 10- 00.7. ACÓRDÃO da 1ª Turma. Prova ilícita. "E-mail" Corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Relator: Min. João Orestes Dalazen, 18 de maio de 2005. DJ, Brasília, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2006).BRASIL, 2005. O acórdão encontra-se reproduzido na íntegra nos anexos.

da empresa e disponibilizados aos empregados para uso no exclusivo exercício de suas atividades profissionais. A decisão destaca a responsabilidade que pode ser imputada à empresa por atos praticados por seus funcionários, considerando que o uso de e-mail funcional para fins estranhos ao serviço é ato grave suficiente para a dispensa por justa causa em razão da quebra de confiança, o que torna impossível a continuidade da relação de emprego. 229 A Juíza relatora aplicou o princípio da proporcionalidade 230, sustentando que

[...] o objetivo deste é impedir que, através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados. Entendeu que, no caso, era a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada. A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

O Tribunal Superior do Trabalho, em decisão histórica, reconheceu a demissão por justa causa aplicada pelo banco reclamado. Segundo o Ministro Dalazen, relator no julgamento do Recurso de Revista, o e-mail corporativo trata-se de ferramenta de trabalho,

[...] os direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-

229 FERREIRA, 2003, p. 28.

230 PAIVA, 2002e.

se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. [...] o 'e-mail' corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado utiliza terminal de computador e de provedor da empresa, destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional, portanto, de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço [...] 231

De acordo com o entendimento do Ministro, o empregador pode monitorar a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isto é, rastrear as mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho, pois não existe afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

5.2.2 Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - 2ª Turma

A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região²³² também enfrentou a discussão quanto ao monitoramento

231 Acórdão na íntegra nos anexos.

232 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 00782- 2002- 023- 04- 00- 9. Acórdão – 2ª Turma. PRELIMINARMENTE. CONHECIMENTO DOS RECURSOS. Hábil e tempestivamente interposto o recurso ordinário do reclamado, impõe-se o conhecimento desse apelo. Considerando-se o disposto na Portaria 067/2003 da Corregedoria deste Tribunal Regional, e que o recurso ordinário do sindicato- autor foi interposto dentro do prazo iniciado com a carga do processo, impõe-se o conhecimento desse apelo, e a rejeição da prefacial de intempestividade do recurso invocada em contrarrazões. NO MÉRITO.RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. O sindicato de empregados está legitimado a atuar judicialmente na qualidade de substituto processual em demanda onde se busca, mesmo que de forma ampla, a defesa dos interesses de integrantes da categoria. Inteligência da norma contida no inciso III do art. 8º c/c art. 5º, inciso XXI, ambos da CF/88. Provimento negado.INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA EXPRESSÃO RESPONSABILIDADE DO TERMO A QUE SE REFERE O ITEM 4/1 DA DECISÃO DE DIRETORIA 068/2002. Quanto à expressão

de equipamentos eletrônicos de empregados, em recurso interposto por sindicato profissional.

O sindicato ajuizou reclamação trabalhista em que buscava a declaração de nulidade de norma regulamentar de monitoramento e auditoria das estações de trabalhos, mensagens e arquivos eletrônicos. Sustentava que a norma regulamentar de monitoramento violaria a privacidade dos empregados, especialmente ao impedir o uso dos meios eletrônicos de correio e internet, tal como era permitido até o surgimento da nova norma interna, ressalvado o direito do empregador de apurar e punir os excessos e o uso indevido. A empresa reclamada também recorreu da decisão de origem no que concerne à declaração de nulidade do Termo de Responsabilidade, uma vez que a sentença de primeiro grau ratificou a validade e eficácia integral da norma instituída pela diretoria da qual não decorreria qualquer afronta aos direitos e garantias fundamentais dos empregados abrangidos. Segundo o relator, Juiz João Ghisleni Filho²³³,

responsabilidade, contida no Termo anexo à DE 068/2002, não há por que ser excluída, pois se limita à mera ciência dos empregados dos termos da Decisão de Diretoria acerca do uso profissional das Estações de Trabalho e responsabilidades decorrentes do cumprimento do contrato de trabalho. Dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamado para absolvê-lo da condenação imposta. RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO- AUTOR. ALEGADA ALTERAÇÃO LESIVA DO CONTRATO DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. Em face da empresa demandada trabalhar com grande quantidade de informações que devem ser mantidas íntegras e com sigilo, não há qualquer reparo quanto à regulamentação do uso dos equipamentos de informática por seus empregados, o que afasta a pretendida declaração de nulidade da DE 068/2002. Nega-se provimento. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 00782- 2002- 023- 04- 00- 9. Acórdão, 2ª Turma. Relator: Juiz João Ghisleni Filho, 25 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.trt4.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio de 2006).

²³³ Segundo o relator, “o acesso ao correio eletrônico, o acesso à internet, a utilização de programas de computadores, assim como a utilização indevida desses instrumentos de trabalho. Tal decisão prevê o monitoramento e a auditoria na utilização das Estações de Trabalho, de programas de computador, e dos serviços de correio eletrônico, fiscalizando o conteúdo das mensagens transmitidas e recebidas, arquivos residentes em servidores, estações de trabalho, equipamentos de rede e afins, programas de computador e bases específicas de controle. Dos procedimentos expostos em tal regulamentação, não se observa qualquer previsão que possibilitasse a invasão ou intromissão na esfera íntima dos funcionários da empresa, sequer limitação

[...] como bem concluiu o Juízo de origem, em face do reclamado trabalhar com grande quantidade de informações que devem ser mantidas íntegras e com sigilo, é razoável a sua preocupação com a utilização da rede e programas de computador, e adequada a regulamentação do uso dos seus terminais de computador por seus empregados, o que afasta a pretendida declaração de nulidade da DE. Nesse aspecto, também não há que se falar em alteração lesiva do contrato de trabalho, afastando-se da hipótese de violação às normas contidas no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, e artigos 9º e 468 da CLT, e de contrariedade ao entendimento jurisprudencial contido na Súmula 51 do C. TST [...]

[...] O Termo de Responsabilidade tem efeito didático de relembrar o trabalhador da obrigação de usar adequadamente o equipamento de trabalho, alertando-o claramente para não usar e não permitir que usem seu correio eletrônico para mensagens desviadas das tarefas funcionais, ou para acesso a páginas da internet impróprias, de forma a evidenciar eventual descumprimento futuro dos deveres do empregado, ensejando possível punição [...]

[...] A atitude ética do reclamado, por sua vez, permitindo o acesso livre de seus funcionários a computadores e a ampla discussão com seus funcionários sobre a regulamentação acerca do uso dos equipamentos de informática, a fim de preservar a segurança do seu sistema de informações, atividade-fim da empresa, dispensa qualquer ressalva ou restrição, e reforça a conclusão sobre a legalidade da exigência quanto ao termo de responsabilidade de seus empregados [...]

5.2.3 Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - 1ª Turma

A 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região decidiu que o monitoramento dos computadores da empresa

no exercício do direito à liberdade de expressão, crítica ou reflexão sobre eventual condição de trabalho, que caracterizasse o abuso do poder de controle do empregador. Não se constata também qualquer ingerência do reclamado na atividade do seu empregado que configurasse a hipótese de aviltamento dos direitos fundamentais do cidadão, mas sim, uma preocupação em preservar a privacidade do seu funcionário. [...]"

não se constitui violação de sigilo de correspondência.²³⁴ Segundo os fundamentos do acórdão, o e-mail enviado pelo empregado no computador do empregador é relativo a interesses comerciais da empresa, portanto, não pode ser considerado correspondência pessoal. Segundo o Regional entre o interesse privado e o coletivo prevalece no caso concreto o interesse coletivo.

5.3 POSICIONAMENTOS DA DOUTRINA

5.3.1 Possibilidades de controle

A doutrina não é unânime no que concerne à adoção do monitoramento do correio eletrônico corporativo. Para alguns é possível, com fundamento no poder diretivo e no direito de propriedade. Para outros, o correio eletrônico não está protegido pelo sigilo de correspondência e o monitoramento encontra limites no direito à intimidade do empregado.

Para Souza, o monitoramento do correio eletrônico é possível.²³⁵ O direito de propriedade é fundamento do poder hierárquico do patrão na relação de emprego, que, por deter os fatores de produção e por suportar os riscos da atividade econômica, pode e deve administrar as atividades dos seus empregados. O poder de controle do empregador fundamenta o direito de fiscalizar o uso, a forma de realização e a utilização do material e das ferramentas de trabalho. O

²³⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão nº: 20050881099. Processo nº 02771 2003- 262- 02- 00- 4 - 1ª Turma- EMENTA: "Não se constitui prova fraudulenta e violação de sigilo de correspondência o monitoramento pelo empregador dos computadores da empresa. E-mail enviado a empregado no computador do empregador e relativo a interesses comerciais da empresa não pode ser considerado correspondência pessoal. Entre o interesse privado e o coletivo de se privilegiar o segundo. Limites razoáveis do entendimento do direito ao sigilo. Apelo provido." (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão nº: 20050881099. Processo nº 02771 2003- 262- 02- 00- 4 , 1ª Turma. Relator: Plínio Bolívar de Almeida, 1º de dezembro de 2005. Disponível em <<http://www.trt2.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2006).

²³⁵ SOUZA, 2000, pp. 863- 871.

correio eletrônico é uma ferramenta de trabalho, de propriedade do empregador, colocada à disposição do empregado para realização do trabalho, portanto, passível de monitoramento. Defende o monitoramento justificando legalmente e estabelecendo um paralelo entre dois direitos constitucionais quando diz:

a inviolabilidade e o direito de propriedade, bem como o atendimento desta à função social, são garantias fundamentais asseguradas na Carta Magna em vigor, donde depreende-se que o proprietário tem “o direito de usar, gozar e dispor de seus bens”, sendo certo ainda que “os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem”. Neste sentido, privilegiando o direito de propriedade do empregador, a legislação em vigor disciplina que pertencem exclusivamente ao empregador, os inventos (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996) e programas de computador (Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), desenvolvidos por empregados, quando decorrerem de contrato de trabalho. O correio eletrônico é uma ferramenta de trabalho dada pelo empregador ao empregado para realização do trabalho, portanto sobre ele incide o poder de direção do empregador e consequentemente o direito de o mesmo fiscalizar seu uso pelo funcionário. Os endereços eletrônicos gratuitos e ou particulares, desde que acessados no local de trabalho, enquadram-se, em tese, no mesmo caso. 236

Belmonte ²³⁷ admite o monitoramento do equipamento eletrônico por se tratar de ferramenta de trabalho. Segundo o autor:

[...] o direito de propriedade do equipamento patronal, onde instalados os meios de acesso à rede, deve ser exercido nos limites de sua função social; o *e-mail* corporativo, independentemente da existência de senha de acesso, trafega pelo sistema operacional do empregador e não está protegido pelo sigilo de correspondência, por se tratar de ferramenta de trabalho destinada à utilização em serviço, estando assim sujeito à vigilância e controle do empregador, inclusive por razões de segurança.

Barros ²³⁸ afirma que a inserção do empregado no processo produtivo da empresa não lhe retira os direitos de intimidade e privacidade, independentemente de encontrar-se dentro da empresa. Diz a autora

[...] embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos de intimidade e privacidade, por constituírem espécie dos direitos de personalidade consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desse direito dentro do estabelecimento empresarial. É que sua inserção no processo

²³⁷ Belmonte (2004a, p. 1041- 1042) afirma que o contrato de trabalho deve cumprir sua função social. Segundo o autor “Para o contrato de emprego cumprir a sua função social, é preciso atentar para as peculiaridades da relação de emprego, em que o poder diretivo, por razões que vão desde a segurança e terminam na verificação do cumprimento do contrato ou da conduta do empregado, admite o monitoramento do *e-mail* utilizado no serviço; para a propriedade do equipamento cumprir a sua função social na relação de trabalho, é preciso que o poder diretivo seja exercido com as limitações necessárias à viabilização dos direitos personalíssimos do empregado, pelo que o monitoramento *deve sofrer limitações, que variam de intensidade* conforme as hipóteses infra; [...] também é viável e conveniente a prévia definição das regras do jogo quanto ao *e-mail* corporativo, quanto à possibilidade da utilização para fins pessoais, mediante o ajuste da vedação ou da permissão do uso ampla ou moderada, sendo desnecessária a permissão expressa da possibilidade do empregado ter o seu *e-mail* corporativo monitorado; [...]”

²³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. *Genesis*, Curitiba, v. 12, n. 67, p. 11- 96, jul. 1998. p. 12- 13.

produtivo não lhe retira o direito de personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis. [...] Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder direito, 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 trabalhador.

Segundo Oliveira Neto e Coelho²³⁹, o monitoramento das informações via correio eletrônico encontra limites na proteção à intimidade e à privacidade do empregado, além da inviolabilidade do e-mail, enquanto espécie de correspondência pessoal. Para os autores:

A utilização e monitoramento das informações via correio eletrônico encontra limites na proteção à intimidade e à privacidade do empregado, além da inviolabilidade do e-mail, enquanto espécie de correspondência pessoal, por entendimento analógico do art. 5º, XII, da CF (sigilo de correspondência). Trata-se de garantias constitucionais, ressaltando-se, apenas, que nenhuma liberdade individual é absoluta. Ou seja, tais garantias não poderão ser utilizadas como escudo para práticas delituosas, conforme entendimento do STF indicado anteriormente. O fato de o empregado descumprir determinação para uso do e-mail apenas em serviço poderia ser grave o suficiente para configurar justa causa em casos extremos. Mas isso não legitima o abuso de direito do empregador que, com base no seu poder diretivo, pretenda violar a intimidade do empregado através da verificação das mensagens por ele enviadas pelos equipamentos de informática de propriedade da empresa. Certamente, haverá outras formas de se constatar e demonstrar a violação da norma contratual que veda a utilização dos computadores para questões.

Ferreira²⁴⁰ não recomenda gerenciamento que possibilite acesso ao conteúdo do arquivo particular de titularidade do empregado, porque a quebra de sigilo sem autorização judicial poderá ser considerada ilícita. Alerta que

239 OLIVEIRA NETO; COELHO, 2003, p. 47- 48.

240 FERREIRA, 2003, p. 28- 29.

[...] não se encontra pacificada a questão da prova obtida pela auditoria interna demonstrando o ato ilícito do empregado. Dessa forma, pode ser considerada ilícita uma vez que não autorizada judicialmente. A quebra de sigilo desprovida de autorização judicial enseja reparação civil e se caracteriza ato ilícito penal, sujeito a indenização por danos morais decorrentes da violação da intimidade. Não pode ser objeto de gerenciamento pela empresa, o endereço eletrônico particular de titularidade do funcionário, por ele mantido em provedor próprio.

Para Romita 241, a transmissão de mensagens não relacionadas ao trabalho poderá ensejar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Segundo o autor,

a utilização do computador da empresa pelo empregado, em hora e local de expediente, para a transmissão de mensagens de conteúdo pornográfico ou não relacionado com assuntos do trabalho, enseja a justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, com base no art. 482, b, da CLT. Nesse caso, o caráter faltoso do comportamento do empregado violou o princípio da boa-fé na execução do contrato de trabalho e desrespeitou o dever de lealdade.

Para Mistrongue e Kersten 242 a violação de e-mails dos empregados, sob o argumento de uso para fins particulares, é um ato abusivo e ilegal, porque entendem que não se pode relativizar direitos cuja inobservância fere princípios inerentes à condição humana do cidadão trabalhador. Afirmam:

[...] a privacidade não é um direito passível de relativização. Não se pode ponderar, mensurar direitos cuja inobservância fere princípios tão sensíveis, inerentes à condição de cidadão, à existência como ser humano.

Uma garantia constitucional dessa ordem não pode ser aplicada ora sim, ora não, a critério subjetivo do operador jurídico. As garantias constitucionais são absolutas e vinculam-se ao

241 ROMITA, Arion Sayão. Uso indevido do correio eletrônico como justa causa para despedida. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, n. 15, p. 421- 422, ago. 2002. Caderno 2. p. 421- 422.

242 MISTRONGUE; KERSTEN, 2004, p. 321.

sentido da existência de uma Lei Maior que possa assegurar um mínimo de dignidade aos cidadãos e, por conseqüência, aos trabalhadores.

Fica, pois, evidenciado que a violação de *e-mails* dos empregados por parte dos empregadores, sob o argumento de que utilizam esse instrumento para fins particulares, é um ato abusivo e flagrantemente ilegal. É certo que outras formas de controle podem ser implementadas sem que se precise, contudo, interferir na esfera privada do cidadão.

Para Simon²⁴³, o poder de comando do empregador encontra limite nos direitos fundamentais do empregado, ensejando a instituição de regras de compatibilização. Segundo a autora,

estabelecido o confronto entre o direito de propriedade do empregador e o direito à intimidade e à vida privada do empregado, é necessário buscar regras de compatibilização que visem à máxima observância e à mínima restrição desses direitos. Nesses casos, o juízo de ponderação deve ser efetuado levando-se em consideração os princípios da unidade e da concordância prática da constituição, bem como o da proporcionalidade.

No Brasil, apenas considerando-se a proteção constitucional e as regras para efetivação do juízo de ponderação, todos os conflitos que envolvam o direito à intimidade e à vida privada do empregado e o direito de propriedade do empregador podem ser solucionados. Desnecessária, portanto, a edição de legislação infraconstitucional.

Para Bacellar²⁴⁴ o empregador deve fazer um trabalho de conscientização junto aos empregados, assim como dar ciência prévia dos procedimentos adotados. Afirma que

o empregador deve dar prévia ciência ao empregado de tal prática diretiva, como também

²⁴³ Simón (2004, p. 23) “[...] ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável, encontrando fundamento em outro direito humano fundamental, qual seja, o direito de propriedade, não há como negar a sua ampla incidência, no que diz respeito aos trabalhadores. Mesmo que se encontrem em patamar hierarquicamente inferior em relação aos empresários, o poder de mando encontrará limites no exercício dos direitos humanos fundamentais.”

²⁴⁴ BACELLAR, 2003, 104 p, grifo do autor.

de todo o procedimento adotado, inclusive, das conseqüências de tal sistema de controle no contrato de trabalho, bem como, deve o empregador promover um trabalho de conscientização perante os empregados a fim de coibir o uso indevido da *Internet*, assim como, do *e-mail*.

Para Silva, a empresa poderia admitir o uso particular dos equipamentos eletrônicos em algumas situações determinadas. Entende que a empresa deve instituir um regulamento para uso dos equipamentos eletrônicos, em que fique claro que as ferramentas de trabalho não podem ser utilizadas para fins particulares, a não ser na hipótese pré-determinada. Conclui que: 245

a empresa não estará ferindo o direito à intimidade do seu empregado, ao monitorar a utilização de computadores para ingressar em seu e-mail pessoal e sites diversos daqueles necessários à execução de sua atividade, se constituir um regulamento e dar ciência a todos os empregados do conteúdo do mesmo, onde fique claro que as ferramentas de trabalho, não podem ser utilizadas para fins particulares. Nesse ponto, o empregador pode e deve especificar, que em algumas situações, como nos intervalos para descanso ou sites de Bancos para pagamentos de contas etc., o empregado poderia fazê-lo desde que não ultrapassasse certo tempo. [...] Se o empregador não abrir exceções quanto à utilização de seu equipamento de trabalho para fins particulares, isso deve constar no regulamento da empresa. Saliente-se que, para o bloqueio de sites, não é necessário avisar o empregado, pois o material de trabalho pertence ao empregador, e, portanto, pode disponibilizar apenas os sites que julgar pertinentes ao trabalho.

5.3.2 Regras e procedimentos

Vargas traz colocações relevantes e oportunas, considerando o trabalho de pesquisa sobre o assunto. Para o autor é importante adotar uma política transparente, afirmando que: 246

245 SILVA, 2006, p. 70- 71.

246 VARGAS, 2002, p. 74- 75.

1. A existência de uma política transparente e proporcionada que faça o empregado consciente do caráter não sigiloso de suas comunicações no local de trabalho, pois é a melhor maneira de conciliar as exigências de segurança com um ambiente de trabalho mais agradável e produtivo; 2. A empresa deve advertir os empregados de que todas as mensagens, de qualquer tipo, inclusive as protegidas por senhas, estão potencialmente disponíveis para o conhecimento da empresa. 3. O monitoramento do correio recebido pelo empregado é, em qualquer hipótese, uma violação da privacidade de terceiros que, provavelmente, desconheciam as normas empresariais e que o destinatário não tinha privacidade em suas comunicações; 4. O monitoramento constante e sem clara finalidade específica de todas as comunicações de "intranet" não é justificável, por desproporcionada; 5. O controle por parte da empresa do tempo e dos endereços eletrônicos navegados na internet pelo empregado é razoável, sob o argumento de que a utilização do equipamento empresarial deva ser produtiva.

Para Ferreira ²⁴⁷, "[...] observando-se o princípio da lealdade contratual e o dever de colaboração no âmbito da prestação de serviços – onde a quebra de confiança torna inviável a continuidade do vínculo empregatício – devem ser estabelecidas condições e termos de uso do equipamento eletrônico na política corporativa". Segundo a autora, com a adoção de normas de uso, o empregador fica amparado legalmente para aplicar as disposições consagradas pela Consolidação das Leis do Trabalho, que constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho segundo regras estabelecidas no art. 482 da CLT. Apresenta um elenco de sugestões.

i) [...] fazer uso da tecnologia disponível de forma ética, transparente e documentada, utilizando critério de bom senso, onde todas as partes envolvidas sintam-se reciprocamente seguras; [...] iii) na hipótese da necessidade de aplicar punições documentais, sugere níveis gradativos e sucessivos de advertência, suspensão e demissão; iv) As medidas preventivas adotadas pelo empregador, mesmo com a concordância do funcionário, não proporcionam garantias absolutas, pelo que não é pacífico o cabimento de demissão por justa causa por uso indevido do correio eletrônico; v) A demissão

sem justa causa ocorrida por constatação de prática vedada pelo empregador pode ensejar pedido de indenização por danos morais, decorrente de violação do direito à privacidade; vi) A prática de realização de auditoria interna deve conceber a emissão de relatório com a finalidade de comprovação de conduta lesiva ou não permitida, se traduzindo em documento hábil para embasar requerimento judicial de quebra de sigilo; [...]

Paiva admite o controle mediante a adoção de uma política adequada e ponderada. Segundo o autor 248 :

não há como vulnerar os direitos constitucionais protegidos, senão que o empresário deverá, ademais, optar, sensata e ponderadamente, por políticas adequadas de controle da atividade laboral que favoreçam um ambiente de trabalho relaxado e confiável que proporcione autonomia e intimidade, evitando o receio, a previsão e o mal-estar dos trabalhadores por meio de condutas excessivas derivadas do poder empresarial.

Sugere regras que esclareçam que o e-mail disponibilizado aos trabalhadores é um instrumento de trabalho e que não é um instrumento idôneo para as comunicações pessoais. As regras devem ser estabelecidas pelas convenções ou acordos coletivos de trabalho e a CLT, como norma trabalhista básica. Estes devem estabelecer 249

[...] condições para o uso racional do e-mail por parte do trabalhador e condições de acesso ao seu conteúdo por parte do empresário [...] O mais aconselhável é que seja estabelecido um espécie de “Código de Conduta” para a utilização do *e-mail* no ambiente de trabalho com instruções claras, regras de uso do *e-mail*, consultas e mesas redondas com os representantes dos sindicatos dos trabalhadores.

248 PAIVA, 2002a, p. 24. O autor utiliza expressão “uso social do e-mail”, pois entende que “devemos reconhecer que o trabalhador deva ter direito a uma comunicação externa durante o horário de trabalho, incluído dentro da empresa. O empresário tem que aceitar o que se denomina direito ao uso social do e-mail.”

249 PAIVA, 2002c, p. 417.

Para harmonizar os interesses de empregados e empregadores é necessário estabelecer diretrizes e instituir uma política em que o empregador ajustará com o empregado as regras que vão regular o uso dos equipamentos de sua propriedade, a exemplo de procedimentos que estão sendo adotados por algumas empresas. 250

250 Neste sentido é o termo utilizado por grande corporação estabelecida na Região Sul. 1. Pela presente, declaro estar ciente de que o correio eletrônico e o software de acesso à Internet, disponibilizados pela empresa tratam-se apenas de ferramentas de trabalho fornecidas pela mesma, sendo destinadas exclusivamente para fins relacionados com as atividades desempenhadas em razão do contrato de trabalho e o interesse da empresa. 2. Declaro, ainda, estar ciente de que a empresa poderá inspecionar, a qualquer momento e sem prévio aviso, o conteúdo destas ferramentas de trabalho, estando autorizada, inclusive, a punir os responsáveis por quaisquer outros usos que não aqueles a que se destinam. 3. As senhas de acesso à rede e ao correio eletrônico disponibilizadas pela empresa são de uso exclusivo do empregado, sendo-lhe vedado, sob qualquer hipótese, o fornecimento das mesmas para qualquer outro usuário. 4. É vedado, também, ao usuário, sob qualquer hipótese, a instalação de softwares em sua estação de trabalho sem prévia autorização e de acordo com os contratos de licença de uso dos mesmos. Isto se aplica também para os softwares da Internet, os quais devem ser adquiridos após seu período de validação e testes. Caso esta determinação não for atendida, o programa instalado tornar-se-á pirata e o uso continuado do mesmo é passível de sanções previstas na Lei de Software. 5. As instalações, desinstalações, cópias temporárias, só poderão ser realizadas pela área de informática competente ou por corpo técnico terceirizado pela empresa. 6. De acordo com a Lei de Software 9.609, de 19/02/1998, as pessoas envolvidas em reprodução ilegal de programas ficam sujeitas ao pagamento das respectivas indenizações em valor correspondente a até duas mil vezes o valor da cópia do programa original, além das sanções penais, como multas e prisão. 7. Por fim, declaro estar ciente de todas as regras acima descritas e das sanções e punições pelo não cumprimento das mesmas.

6 CONCLUSÃO

A ordem econômica no Brasil é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos os cidadãos existência digna. Ocorre que, numa sociedade capitalista voltada para o lucro, o empregador tem o poder de determinar o modo como a atividade do empregado será desenvolvida e, ao adotar medidas com fins de proteger seu patrimônio, pode vir a abusar desse poder, chegando a praticar atos que poderão violar os direitos fundamentais de seus empregados. Um desses exemplos é a prática do monitoramento do correio eletrônico usado pelos empregados, o que, conforme mencionado, poderá violar direitos da personalidade do trabalhador.

A Consolidação das Leis do Trabalho confere poder diretivo ao empregador e a Constituição Federal garante o direito à propriedade. Com base nesses dispositivos, parte da doutrina entende que o empregador possui a faculdade de monitorar o correio eletrônico dos empregados.

Por outro lado, a Constituição Federal também garante o direito à intimidade e à vida privada do empregado (art.5º, X), servindo de fundamento para aqueles que sustentam a inviolabilidade do correio eletrônico, que, segundo o artigo 5º, inciso XII está protegido pelo sigilo.

Verifica-se o conflito do direito à intimidade e à vida privada do empregado com o direito à propriedade e o poder diretivo do empregador. É indiscutível que o empregador tem a capacidade de definir a finalidade e fiscalizar o uso dos equipamentos utilizados como ferramenta de trabalho. O empregador poderá monitorar os e-mails e os *sites* acessados pelos empregados, na hipótese de ter estabelecido e restringido, previamente, o uso desses equipamentos para uso profissional.

No Brasil, não há legislação específica que regule o monitoramento do correio eletrônico e o uso da internet, daí a necessidade de analisar e buscar a solução para os conflitos decorrentes da dicotomia intimidade *versus* propriedade, sob enfoque de princípios constitucionais e infraconstitucionais que regulam as relações de trabalho.

O entendimento sobre o tema não é unânime, existindo aqueles que admitem o monitoramento, com base no direito de propriedade e aqueles que pensam que o monitoramento é viável, desde que respeitadas a dignidade e intimidade do trabalhador, condicionando sua admissibilidade ao prévio conhecimento e consentimento do empregado ou à previsão constante no regulamento da empresa. Outros repudiam totalmente o monitoramento com fundamento no direito à intimidade e na garantia da inviolabilidade das comunicações. A doutrina divide-se uma vez que alguns defendem o monitoramento como decorrência do poder diretivo do empregador e do direito de propriedade (como forma de resguardar o patrimônio da empresa), enquanto que outros repudiam. Parte da doutrina sustenta que é lícito o monitoramento no correio eletrônico dos empregados, pois aos empregadores cumpre zelar pelo seu patrimônio podendo usar, para tanto, do seu direito de fiscalização, incluindo, neste, o direito de determinar as atividades, desde que não viole a dignidade do trabalhador. No entanto outros sustentam que qualquer fiscalização procedida no correio eletrônico ofende o direito à intimidade do empregado. Segundo esta corrente, a atitude do empregador sem qualquer motivação, é reprovável e passível de indenização, uma vez que existem outros meios de resguardar o patrimônio sem ferir a intimidade de seus empregados.

Existe, ainda, entendimento, entre os quais nos posicionamos, de que a solução se dá através da ponderação ao caso concreto. O monitoramento do correio eletrônico vai depender do ajuste inicial entre empregado e empregador. Se a empresa esclareceu, quando da contratação do trabalhador, o princípio da propriedade se sobrepõe ao princípio da intimidade e não haverá violação da intimidade, porque o

empregado já tinha conhecimento de que o e-mail poderia ser devassado.

Concluindo, entendemos que o mais adequado seria a empresa, antes de começar a monitorar os e-mails e o acesso à internet, implantar um regimento de uso destes instrumentos de trabalho, estabelecendo regras e procedimentos, ajustando com o empregado como deve utilizá-los, para que, assim, fique claro e transparente que os e-mails e o acesso à internet serão monitorados. A política de controle dos equipamentos eletrônicos seria implementada através de termo de ajuste onde o empregador ajustará com o empregado, previamente, o monitoramento e acompanhamento do correio eletrônico e da internet de propriedade da empresa. A empresa comunicará, expressamente, que o correio eletrônico e o software de acesso à internet, se tratam de ferramentas de trabalho destinadas exclusivamente para fins relacionados com as atividades desempenhadas em razão do contrato de trabalho e do interesse da empresa. O empregador deverá dar ciência ao empregado, previamente a qualquer monitoramento, que se resguarda o direito de monitorar e inspecionar, a qualquer momento, o conteúdo das mensagens eletrônicas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARAÚJO, Telga de. Função social da propriedade. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 39.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BACELLAR, Margareth de Freitas. *O direito do trabalho na era virtual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARKER, John. Constitutional privacy rights in the private workplace, under the Federal and California Constitutions. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 19, p. 1.107, [19--].
- BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do Poder Diretivo. *Jornal Trabalhista*, São Paulo, ano 15, n. 711, p. 550-551, 25 maio 1998a.
- BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. *Genesis*, Curitiba, v. 12, n. 67, p. 11-96, jul. 1998b.
- BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BELMONTE, Alexandre Agra. O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 9, p. 1041-1042, set. 2004a.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004b.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. St. Paul: West, 1968.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRASIL. Senado Federal. LEI N° 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PaginaDocumentos.action>>. Acesso em 03 mar. 2006

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 23 jan. 2006.

BRASIL. Senado Federal. LEI N° 6.538, de 22 de junho de 1978. Brasília, 1978. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 23 jan. 2006.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão nº: 20050881099. Processo nº 02771 2003-262-02-00-4, 1ª Turma. Relator: Plinio Bolivar de Almeida, 1º de dezembro de 2005. Disponível em <<http://www.trt2.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2006.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 01116-2003-014-04-00-8. Acórdão, 6ª Turma. Relator: Juiz João Alfredo Borges Antunes de Miranda, 17 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.trt4.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 00782-2002-023-04-00-9. Acórdão, 2ª Turma. Relator: Juiz João Ghisleni Filho, 25 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.trt4.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio de 2006.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613/2000-013-10-00 - PROC. N° TST-RR-613/2000-013-10-00.7. ACÓRDÃO da 1ª Turma. Prova ilícita. "E-mail" Corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Relator: Min. João Orestes Dalazen, 18 de maio de 2005. DJ, Brasília, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2006.

CALMOM, Eliana. *Aspectos constitucionais do direito de propriedade urbana*. Brasília, [200-]. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 fev. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato: evolução e desafios*. São Paulo: LTr, 2005.

CHIARELLI, Carlos; CHIARELLI, Matteo. O trabalho e a empresa na constituição: considerações à luz do modelo italiano. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

CLARK, R. H. Constitutional sources of the penumbral right to privacy. *Villanova Law Review*, v. 19, p. 833, [19--].

COSTA, Orlando Teixeira da. O trabalho e a dignidade do trabalhador. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 5, p. 591-598, 1995.

CRISTÓVAM José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. *Revista discente*, Florianópolis, ano 2, n. 2, p. 151-182, jul. 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 216, p. 7-19, dez. 2001.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Correio eletrônico corporativo: aspectos jurídicos. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, ano 29, n. 110, p. 13-29, abr./jun. 2003.

FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencialde

los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Civitas, 1986.

GOMES, Dinaura Gosinho Pimentel. Direito fundamental ao trabalho, como suporte do direito à vida com dignidade, diante da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1333-1338, nov. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HISTÓRIA da internet. Recife: A.I.S.A., [200-]. Disponível em: <<http://www.aisa.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2006. Publicada originalmente como: A Brief History of the Internet por Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts e Stephen Wolff.

KIONKA, Edward J. Torts. St. Paul: West, 1977.

LIMA, Firmino Alves. Os avanços tecnológicos e a maior possibilidade de controle sobre os cidadãos. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 113-119, jul./set. 2003.

MALLET, Estevão. Direito de personalidade e direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1308, nov. 2004.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

MEIRELES, Edilton. *O novo código civil e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Novos aspectos da função social da propriedade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 44, out./dez. 1987.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região, 2ª Turma. RO n.16.022/2001. Relator: Juíza Alice Monteiro de Barros, 29 de janeiro de 2002. *DJMG Minas Gerais*, 9 fev. 2002.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito do trabalho, São Paulo: Saraiva, 1992, 10^a ed.

NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática: algumas considerações. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, MG, v. 8, n. 8, p. 99-106, 2005.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*, São Paulo: Ltr, 1984.

OLIVEIRA NETO, Alberto; COELHO, Luciano. Direito à intimidade e à privacidade: E-mail do empregado. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 233, p. 39-49, maio 2003.

PAIVA, Mário Antonio Lobato de. E-mail no ambiente de trabalho. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 155, p. 19-25, maio 2002a.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O Monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 19, n. 220, p. 50-57, abr. 2002b.

PAIVA, Mário Antonio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, SP, ano 19, p. 481-489, 2002c.

PAIVA, Mário Antonio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 19, n. 227, p. 11-44, nov. 2002d.

PAIVA, Mario Lobato. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente laboral. *AR: Revista de Derecho Informático*, [...], n. 51, out. 2002e. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org>>. Acesso em: 20 fev. 2006.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *CLT Comentada*. 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006. 1 CD-Rom.

RODRIGUES, Américo Plá. *Estudos sobre as Fontes do Direito do Trabalho: grupo das quartas-feiras*. Tradução. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. Uso indevido do correio eletrônico como justa causa para despedida. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, n. 15, p. 421-422, ago. 2002. Caderno 2.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos Santos. Considerações sobre a revisão dos enunciados do Tribunal Superior do Trabalho: uma reforma necessária. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 244, p. 7-20, abr.2004.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho, 2ª Região, 6.ª Turma. R. n. 18956-2003-902-02-00. Relator: Juiz Valdir Florindo, Ac. n. 20030363599, 22 de julho de 2003. *DOE*, São Paulo, PJ, TRT 2ª, 1º ago. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, c. 11, p. 1287-1303, nov. 2005.

SIMÓN, Sandra Lia. Revistas pessoais: direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado? *Revista Seleções Jurídicas*, São Paulo, p. 23-30, 2004.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. E-mail (...Net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do emprego. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 7, p. 863-871, jul. 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do direito. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 1.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno; TAVARES, Aline Aparecida da Silva. Do princípio da intimidade do empregado x poder diretivo do empregador. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 8 maio 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/21109>. Acesso em: 23 maio 2006.

VARGAS, Luiz Alberto de. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 61-76, jan./mar. 2002.

OBRAS CONSULTADAS

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Democracia e direitos trabalhistas: a posição e o papel dos direitos trabalhistas no ordenamento jurídico: os fundamentos da natureza de direito de ordem pública e da irrenunciabilidade. *Revista Ltr*, São Paulo, ano 68, p. 284-291, mar. 2004.

CHAHAD, José Paulo Z.; CACCIAMALI, Maria Cristina (Org.). *Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961.

DEL VALLE, José Manuel. El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo. *Actualidad Laboral*, [S.l.], n. 39, p. 485-506, 1991.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FIGUEROA Júnior, Narciso. O uso de e-mail no ambiente de trabalho. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v. 106, n. 5, pp. 481-483, 2005.

FINATI, Cláudio Roberto. As relações de trabalho na era da informática. São Paulo: *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 136, p. 17-44, out. 2000.

GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1986.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *A internet e os tribunais*. São Paulo: Edipro, 2001.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2002.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 33, p. 110-124, out./dez. 2000.

LIPPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos de internet. *Revista LTr*, São Paulo, v. 62, n. 4, p. 483-486, 1998.

LIPPMANN, Ernesto. *Os direitos fundamentais da Constituição de 1988: com anotações e jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: LTr, 1999.

MAGANO, Octavio Bueno. *Política no trabalho*. São Paulo: LTr, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. Considerações acerca do poder direito do empregador no teletrabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 4, p. 446-456, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho. Relações individuais e coletivas de trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. E-mail e invasão de privacidade: acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3137>>. Acesso em: 4 mar. 2003.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Justa causa e despedida indireta*. Curitiba: Jurua, 1994. ver

ROMITA, Arion Sayão (Coordenação). *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

ROMITA, Arion Sayão (Coord.). *Curso de direito constitucional de trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, "Os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito" – Nei Prado, p. 81-101.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1989.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Leda Maria Messias da. "Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do

empregador – abrangência e limitações.” São Paulo: Ltr, vol. 70, nº 01 – Janeiro de 2006, pp. 65-71.

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

STRECK, Lênio. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SUSSEKIND, Arnaldo. Tutela da personalidade jurídica do trabalhador. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 5, p. 595-598, 1995.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1049, 16 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8384>>. Acesso em: 1º jun. 2006.

VICENTE, Nilza Maria; AVILA, Patrícia Helena Jacyntho. Direito à intimidade nas relações de trabalho. *Síntese Trabalhista*, São Paulo, n. 143, p. 15-18, maio 2001.

WERNER, Simone. Direito: a intimidade nas relações trabalhistas. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, MS, n. 6, p. 97-114, jul./dez. 2001.

ANEXO A - Processo: 13.000613/2000

Sentença da 13ª Vara do Distrito Federal (Inviolabilidade de Correspondência)

Identificação:

31.10.2001 – Interceptação de *e-mail* pelo empregador – Invasão da privacidade do empregado - Sentença do Juiz do Trabalho da 13ª Vara do DF

AUTOR: ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO

Advogado: Dr. José Oliveira Neto

RECLAMANDO: HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A.

Advogado: Dr. Leonardo Santana Caldas

Processo.: 13.000613/2000

Vistos etc.

ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO, com qualificação feita na inicial, ajuizou a presente Ação Trabalhista em que contende com HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A., alegando admissão e dispensa imotivada nas datas apontadas na exordial. Diz que manteve com o Reclamado contrato de emprego; que não recebeu as verbas rescisórias de direito; que trabalhava em regime de sobrejornada; que não foi integralmente remunerado pelas horas extraordinárias; que recebia ajuda – alimentação; que não recebeu aviso prévio, férias, 13º salário, etc. Pede aviso prévio; horas extraordinárias, com dedução dos valores recebidos e com integração e reflexos nas parcelas que aponta; férias; adicional de férias; décimo terceiro salário; FGTS do período trabalhado para o Reclamado; multa de 40%; multa do art. 477, CLT; dobra do art. 467, CLT, etc.

Em contestação HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A., através de procurador regulamente constituído, diz que não houve trabalho em sobrejornada além daquele anotado nos registros de frequência; que as parcelas pleiteadas e acaso devidas ao Autor foram devidamente pagas; suscita fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do Autor; afirma que o Autor foi demitido por justa causa, por ter utilizado indevidamente de correio eletrônico (*e-mail*) e distribuído através dele fotos pornográficas; que é descabido o aviso prévio; que não deu causa à mora por ocasião do pagamento das verbas rescisórias; que não correspondem à verdade as alegações apresentadas na inicial; que os documentos juntados comprovam o pagamento total dos pedidos formulados pela peça de ingresso a que o Autor fazia jus; requer a produção de todos os tipos de provas admitidas em direito, contesta demais pedidos e pede improcedência da ação.

Juntaram-se documentos.

Em réplica ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO refuta os termos da contestação, reporta-se aos termos e aos pedidos da inicial, consignando não corresponder à verdade dos fatos as alegações apresentadas pela defesa, conforme regular e oportuna instrução, afirmando ainda que os documentos então juntados pelo Reclamado não comprovam o pagamento integral das parcelas pleiteadas nesta ação, tendo ele impugnado parte dos documentos juntados pelo Reclamado, por não expressarem eles a veracidade dos fatos sobre os quais se baseiam os pleitos formulados na inicial, ocasião em que reiterou todos os pedidos, argumentos e alegações, de fato e de direito, constantes na petição inicial; diz ainda que a contestação oferecida pelo Reclamado em nada modifica sua pretensão; que na verdade foi ele lesado em seus direitos, etc. Afinal ratificou o Autor o pedido de procedência da ação.

Depoimento das partes e oitava de testemunhas às fls. 117, 252, 296-297, 317-318 e 351-354. Sem mais provas, instrução encerrada. Razões finais apresentadas em forma de memorial, pleitos reiterados (fls.386-388 e 390-401). Prejudicadas as propostas conciliatórias.

É o relatório.

DECIDE-SE:

A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 51,XII).

A inviolabilidade da correspondência tutelada constitucionalmente é absoluta, pois a única exceção feita pelo próprio dispositivo constitucional é atinente a comunicações telefônicas, quando, por ordem judicial, se destinarem à investigação criminal ou instrução processual penal.

No mesmo sentido LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO: “Com relação à inviolabilidade de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e telefônica (inciso XII do mesmo art.51) que vão remontar à prova ilícita, também a Constituição permite uma única exceção: a interceptação de comunicações telefônicas desde que exista prévia autorização judicial, São, portanto, dois os requisitos para tornar lícita a interceptação: ordem judicial e existência da investigação ou processo penal. Conclui-se, assim, estar, afastada a possibilidade de interceptação preventiva, pois é indispensável a prévia existência de investigação policial ou processo penal, que só ocorre após o fato criminoso.

A exceção permite apenas a interceptação telefônica. Portanto, seria ilícita a interceptação de cartas, de comunicação telegráfica e de dados. Assim, pela simples leitura do referido inciso XII tem-se por revogado o artigo 240, § 11, letra *f* do Código de Processo Penal, que permitia à autoridade policial, na busca domiciliar, a apreensão de cartas fechadas ou abertas, destinadas ao réu ou em seu poder para efeito de prova em processo penal, como já salientou Tourinho Filho” (d.n.) (*in*: “O Processo Penal em face da Constituição”, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 28/29).

Acerca do tema inviolabilidade do sigilo da correspondência, ao apreciar o pedido de liminar na ADIn n. 1488-DF, em decisão de 7.nov.96, no E. STF, discorreu o Min. NÉRI DA SILVEIRA: Comentando o art. 51, XII, da Constituição de 1988, Ada Pellegrini Grinover escreveu: Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que em relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade é absoluta. A posição da Constituição não é a melhor, levando a consequência da impossibilidade de legitimar, por lei, a apreensão da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, mesmo em caso de particular gravidade. Mas é o que ela resulta, retirando a eficácia de dispositivos como a art. 240,11, do Código de Processo Penal (*apud* "As Nulidade no Processo Penal", 40ª ed., Malheiros, p. 54). José Afonso da Silva, acerca da mesma norma maior observou: 'abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Vê-se que mesmo na exceção, a Constituição ordenou regras escritas de garantia para que não se a use para abusos (*in* "Curso de Direito Constitucional Positivo", 70ª ed. São Paulo: RT, 1991, pp. 337/338)."

Sobre o tema Celso Bastos, após referir o sigilo da correspondência com sendo um direito que deflui de outro, qual seja, o da prevenção da própria intimidade ("Comentários à Constituição do Brasil", São Paulo: Saraiva, 2º vol., pp. 72/73), anota, *verbis*: "O sigilo da correspondência está hoje estendido, como vemos, às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

A despeito deste caráter analítico da enunciação, é forçoso reconhecer que outras modalidades de comunicação estão também incluídas, como por exemplo aquela que se verifica por meio de telex.

Por correspondência há de se entender todo a gama de cartas e de postais, mesmo que incluam meros impressos. Além das cestas é óbvio que estão incluídas as encomendas, mesmo que não contenham qualquer comunicação escrita (*omissis*).

"Um ponto importante da abrangência deste direito é o seguinte: é precioso compreender esse que não se trata de um direito que só proíbe a violação ou a devassa, mas inclui também o dever em que se encontram os terceiros que estejam no seu domínio de divulgá-lo."

José Afonso da Silva, discorrendo sobre a segurança das comunicações pessoais, escreve que se cuida, aí, de 'garantia constitucional que visa assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art.51,XII), que são meios de comunicação interindividual, formas de

manifestação de pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 51, IV). Garantia também de sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo. Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompam o seu curso e se escutem ou interceptem telefonemas. Abriu excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo exceção, a Constituição preordenou regras escritas de garantias, para que não se a use para abusos. O objeto da tutela é duplice: de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento.' A suspensão, sustação ou interferência no curso da correspondência sua leitura e difusão sem autorização do transmitente ou do destinatário, assim como as interceptações telefônicas, fora das hipóteses excepcionais autorizadas no dispositivo constitucional, constituem as formas principais de violação do direito protegido'. (apud "Curso de Direito Constitucional Positivo", 12ª ed., pp. 416-417).

"À sua vez, observa Pinto Ferreira, em torno do art. 51, XII, da Constituição, *verbis*: 'o texto atual tem uma eficácia limitada e restringível, pois aceita, em determinados casos, estabelecidos em lei e na própria Constituição, que a ordem judicial para admitir a restrições à tal inviolabilidade para fins de instrução investigação criminal. A fórmula adotada na Constituição de 1988 procede diretamente do art. 15 da Constituição da República da Itália, no seguintes termos, buscando harmonizar a liberdade da pessoa com elevado interesse da justiça: art. 15. A liberdade e o sigilo de correspondência, bem como o de qualquer outra forma de comunicação, são invioláveis. Só se podem impor limitações através de ato motivado da autoridade judiciária e com as garantias estabelecidas pela lei" (*in* "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 11, p. 86).

A intimidade das pessoas é bem jurídico inviolável (*Constituição*, art. 51, X). Em linha de arremate, escreveu o Ministro Relator: "Não está fora de do âmbito de indagação o que anota Vicente Greco Filho, *in Interceptação Telefônica*, 1996, pp. 10/11: 'No texto do art. 51, da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão 'no último caso', aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas. A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que 'último caso' corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações. A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão 'último caso' admitiria a

interceptação apenas para as comunicações telefônicas. Antes de enfrentar a questão, consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência como 'último caso', a garantia é plena e incondicionada, aliás segundo o princípio '*inclusus unius exclusus alterius*''' (g.n.) (Revista Trimestral de Jurisprudência/Supremo Tribunal Federal, Brasília, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência/STF, 2000, vol. 17º, março/2000, pp. 767-70).

A inviolabilidade da correspondência tem sido assegurada em todas as Constituições Brasileiras como direito individual, personalíssimo, inclusive aos estrangeiros aqui residentes: art. 72, § 18, da Constituição do Império (1891); art. 113, n. 8, da Constituição de 1934; art. 122, n. 6, da Constituição de 1937; art. 141, § 6º, da Constituição de 1946; art. 150, § 9º, da Constituição de 1967; art. 153, § 9º, da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda n. 1/69 e, finalmente, no art. 51, XII, da Constituição de 1988.

No direito comparado, os norte-americanos, através do *Electronic Communications Privacy Act*, reformulado em 1986, situam as comunicações havidas por meio eletrônico, inclusive aquelas realizadas por meio de computador, como pertencentes à esfera da privacidade do indivíduo.

O art. 191, 1, do Código de Processo Penal de 1988, da Itália, afirma que as provas obtidas em contraste às vedações legais não podem ser utilizadas.

O mesmo ocorre em Portugal, onde a Constituição (1976), em seu art. 32, veda expressamente todas as provas obtidas mediante tortura, coação grave, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Às fls. 117 informou o dr. Procurador do Reclamado que A em relação ao envio do *e-mail*, conforme alegado na própria contestação, o Autor teria enviado o *e-mail* com fotos somente para o sr. Guilherme Mendes e este, por sua vez teria repassado esse *e-mail*, com as fotos anexadas, para outras pessoas, formando uma cadeia e que o acesso que o Reclamado teve ao dito *e-mail* foi feito através do provedor do Reclamado, e não diretamente através do sr. Guilherme (g.n.).

O fato é ainda corroborado pela confissão da preposta às fls. 351-352: Que o Autor foi demitido por ter sido detectado que estava ele usando *e-mail* para enviar fotos pornográficas; que existe norma do Reclamado determinando que o *e-mail* recebido pelo empregado deverá ficar restrito ao trabalho; que essas normas vêm também por *e-mail*; que a depoente não sabe informar se outros funcionários usam o *e-mail* para enviar recados pessoais; que o Reclamado fez o rastreamento para poder identificar que o Autor foi o emissor originário das fotos; que o Reclamado, no Rio de Janeiro, teve conhecimento do *e-mail* com as fotos por uma pessoa que, pelo que consta a depoente, não

tinha sido destinatário do *e-mail* que levava as fotos nem que participou da cadeia de remessa; que inicialmente o Autor enviou o *e-mail* para um trainee do Reclamado e este por sua vez enviou o *e-mail* para outros e que a correspondência se espalhou; que o Reclamado para poder saber o conteúdo do *e-mail* e ter acesso às fotos, teve que fazê-lo através do provedor diretamente; que o provedor é próprio; que, assim, a pessoa que noticiou para o Reclamado existência e do seu conteúdo (as fotos) não foi nenhuma das pessoas que integrou a cadeia de distribuição do *e-mail*; que, portanto, nenhuma das pessoas integrantes da cadeia que recebeu o *e-mail* distribuído pelo Autor autorizou o Reclamado ter acesso ao conteúdo do *e-mail* tendo o Reclamado acesso a ele, diretamente do provedor; [...] d.n.).

A Constituição Federal consigna serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 51, LVI).

A prova pretendida pelo Reclamado, a fim de prova a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo em razão de flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do Autor.

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

Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (*e-mail*) C o que abrange o conhecimento das fotos a ele anexadas foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia de comunicação eletrônica, o que, por si só, caracteriza a violação da correspondência e a quebra da legalidade.

Contra-argumenta o Reclamado dizendo que a conta de *e-mail* por ela fornecida ao Autor foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, o que não teria sido observado pelo Autor ao enviar correspondência eletrônica (*e-mail*) remetendo as noticiadas fotos.

Ainda que, se nos autos possa haver prova de que a conta de *e-mail* tenha sido distribuída ao Autor com essa restrição/condição, tal circunstância, de modo algum, autorizaria o Reclamado a, quebrando o sigilo da correspondência, ter acesso ao teor do *e-mail* sem a anuência do Autor, ou de algum dos integrantes da cadeia.

A alegação do Reclamado segundo a qual poderia ele ter acesso direto aos *e-mails* enviados pelo Autor sem que isso caracterizasse violação do sigilo de correspondência, tudo em razão do fato de ter ela fornecido ao Autor conta de *e-mail* e ter determinado de antemão que adita conta fosse usada por ele somente para assuntos de serviço, em nada difere da hipótese dela, por ter franqueado ao Autor determinada conta para emissão de correspondência tradicional, ou fornecido a ele determinada quantidade de selos/Correios, ou coisa que o valha,

exigindo inclusive que sua utilização se restringisse a assuntos do serviço, violar as correspondências/cartas enviadas pelo Autor a utilizar-se de tal, cota, ou selos/Correios, ainda que tal procedimento da empresa fosse para verificar se o empregado estava ou não seguindo a determinação para uso da cota/selos exclusivo em serviço. Coisa inadmissível, por expressa disposição constitucional (art. 51, XII).

O fato do Autor descumprir a determinação do Reclamado para somente usar sua conta de *e-mail* para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o Reclamado teve acesso ao teor do *e-mail*, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (*Constituição*, art. 51, LVI, c/c art. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 51, XII).

O STF tem mantido, após a Constituição, sua firme posição sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, como se viu, primeiro, pelo julgado de 30.6.1993 (HC 69.912-0-RS, Lex0STF 183/290 ET SEQ.) e, depois, pela manifestação unânime do Pleno da Corte em preliminar do julgamento da ação penal contra o ex-Presidente Collor e Paulo César Farias (*Ação Penal* 307-3-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 7.12.1994, DJU 13.10.1995, Seção I, p. 34.247 *et seq.*).

O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, havia sinalizado para a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando, contra o voto do relator, concluíra não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistirem nos autos elementos não-viciados pela contaminação da prova ilícita (RTJ 122/47) (*apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES Filho, Antonio Magalhães. ‘As nulidades no processo penal’’. São Paulo: Revista dos Tribunais, 60ª ed., 1999, p. 138).

Todo o conjunto probatório em relação aos fatos ensejadores da alegação de justa causa – incluindo a alegação segundo a qual o Autor teria inobservado determinação do Reclamado no sentido de usar a conta de endereço eletrônico exclusivamente para tratar de assuntos do serviço, depoimento de testemunhas, confissão de parte, etc. – estão, portanto, contaminados, vez que o acesso ao *e-mail* efetuado pelo Reclamado se deu de modo ilegal, com violação ao art.51, XII, da Constituição.

Incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*Afruits of the poisonous tree* – art. 573, 11, do CPP, c/c art. 769, da CLT).

Não se diga que a correspondência eletrônica (*e-mail*) não está abrangida pelo termo “correspondência” de que trata o inciso XII, do art. 51 da CF, pois a lei nesse caso não fez discriminação, não cabendo intérprete fazê-lo (*Ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*).

Assim, reitera-se a prova pretendida pelo Reclamado, em relação a justa causa alegada, não pode ser em juízo admitida por ser prova obtida por meio ilícito.

Alegação de justa causa não acolhida. Dispensa sem justo motivo.

Intimem-se as partes, por seus procuradores, podendo a intimação ser efetuada inclusive em Secretaria.

Brasília, 9 de outubro de 2001, às 15h40. TRT-10 Região, 2001-
(publicação DODF) (www.trt10.gov.br)

ANEXO B

Acórdão Inteiro Teor (NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 613/2000- 013- 10- 00)

Acórdão Inteiro Teor

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 613/2000- 013- 10- 00

PUBLICAÇÃO: DJ - 10/06/2005

PROC, Nº TST-RR-613/2000- 013- 10- 00.7

A C Ó R D Ã O

1ªTurma

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

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

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

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7, em que é Recorrente HSBC SEGUROS BRASIL S.A. e Recorrido ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 531/566, deu provimento parcial ao recurso ordinário da Reclamada para reconhecer a dispensa por justa causa do Reclamante, afastando a condenação em verbas rescisórias e de entrega de guias do seguro-desemprego. Ao recurso ordinário do Reclamante, por sua vez, deu provimento parcial para acrescer à condenação o pagamento de horas extras referentes ao período compreendido entre março de 1997 e junho de 1999.

Interpostos embargos de declaração pelo Reclamante e pela Reclamada, ambos foram conhecidos e parcialmente providos para prestar esclarecimentos (fls. 589/597).

Inconformadas, as partes interpuseram recurso de revista.

O Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento a ambos os recursos. Ao recurso de revista do Reclamante, com apoio nas Súmulas nº 23, 126, 296 e 297 do TST, assim como por inexistência de ofensa direta à Constituição da República. A seu turno, o recurso de revista da Reclamada foi trancado com amparo nas Súmulas nºs 23, 126 e 297 do TST. Entendeu, ainda, que o Eg. Tribunal a quo não negou prestação jurisdicional às partes, apenas decidiu contrariamente aos seus interesses.

Contra essa decisão, ambas as partes interpuseram agravo de instrumento. O Reclamante, alegando que o recurso de revista é admissível por violação a dispositivos constitucionais e legais, bem assim por divergência jurisprudencial. A Reclamada, aduzindo que o recurso é admissível, na forma do disposto nas alíneas "a" e "c" do art. 896 da CLT.

Contraminuta da Reclamada às fls. 698/702.

Contraminuta do Reclamante às fls. 703/710.

É o relatório.

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alega o Reclamante, no recurso de revista, que o Eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar a questão referente à dinâmica da investigação dos "e-mails" e tampouco discorreu acerca da participação das partes que receberam a mensagem eletrônica.

Inconformado, aponta violação aos seguintes preceitos legais: art. 538 do CPC; arts. 769, 832 e 897-A da CLT; arts. 5º, II e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

O inconformismo, contudo, não merece prosperar.

O Eg. Regional, ao apreciar e julgar os embargos de declaração do Reclamante, assim consignou:

"No que toca ao rastreamento das mensagens, cumpre lembrar, inicialmente, que o preposto, em depoimento pessoal, detalhou o encadeamento dos fatos e o modus operandi da investigação (a fls. 351/352).

O rastreamento executado pela Reclamada foi explicitado na defesa, a fls. 120, e confirmado pelas testemunhas CLAUDEMIR BORIN MEIRA (a fls. 296/297) e GUILHERME DE ALMEIDA MENDES (a fls. 318/319),

Despiciendo discorrer, como pretende o Embargante, sobre a '[...] participação ou envolvimento das partes que as mensagens eletrônicas se dirigiam' nos trabalhos de rastreamento, eis que a sua realização se deu em nível de processamento de dados, internamente na empresa.

Tal conclusão está exposta a fls. 537, 2º/5º parágrafos, do acórdão.

Improcede a obscuridade apontada no particular." (fl. 593)

Diante do quadro ora delineado, não vislumbro nulidade a ser acolhida, tendo-se manifestado o Eg. Regional sobre todos os aspectos relevantes para a solução da lide, conforme o seu livre convencimento motivado (arts. 125 e 131 do CPC).

O fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Com efeito, observa-se que o v. acórdão recorrido atendeu ao comando do artigo 458 do CPC e ao artigo 832 da CLT, embora de forma diversa da pretendida pelo Reclamante.

Desse modo, incólumes os referidos preceitos legais.

No tocante aos artigos 538 do CPC, 769, 832 e 897-A da CLT e 5º, incisos II e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam, sequer em tese, à arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da

SBDI-1 do TST:

"Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Conhecimento por violação. Art. 458 CPC ou art. 93, IX CF/1988. (Inserido em 20.11.1997)

Admite-se o conhecimento do recurso, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, por violação do art. 832 da CLT ou do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX da CF/1988.

Inadmissível o recurso de revista, no particular.

2.2. HORAS EXTRAS. DESCONHECIMENTO DA PREPOSTA. CONFISSÃO FICTA

Após detalhada análise do conjunto probatório, o Eg. Tribunal a quo condenou a Reclamada em horas extras, sob os seguintes fundamentos:

"No que tange aos cartões de ponto, entendo válidos os registros neles contidos, à vista da constatação de que todos os documentos contêm a assinatura do reclamante e espelham jornadas não rígidas, fato que denota a liberdade do autor em registrar os horários trabalhados. Vale ressaltar que algumas folhas de presença contêm anotações de jornada, ora superior, ora inferior à descrita pela reclamada, circunstância não negada na defesa.

Considerando a existência de pagamento de sobre jornada nos contra cheques, passo à análise da prova oral, observando, mais uma vez que incumbia ao reclamante provar, de forma incontestada, o cumprimento da jornada descrita na inicial.

[...]

Em relação ao período anterior a 28/07/1998, as duas testemunhas do acionante, às fls. 352/353, foram imprecisas na indicação dos horários, valendo frisar que a prova operária cingiu-se a uma jornada média, não a alegada pelo obreiro. Também em relação ao intervalo intrajornada não houve coerência probatória.

Dentro de tal contexto, mereceria provimento o recurso patronal e desprovimento o arrazoado obreiro, que, pela prova testemunhal produzida, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, restando verossímeis as jornadas estampadas nos controles de frequência.

Entretanto, não é o que ocorre.

No caso dos autos, a distribuição do ônus da prova resta prejudicada pelo teor das alegações feitas pela preposta ouvida, que revelou desconhecimento da jornada obreira em relação ao período compreendido entre o início da relação de emprego e o mês de junho de 1999.

[...]

À vista do §1º do art. 843 consolidado, o preposto deve ter conhecimento dos fatos alegados em juízo, sendo certo que suas declarações obrigam a empresa.

Assim, o preposto está obrigado ao conhecimento de todos os fatos do relacionamento entre empregado e empregador que tenham sido trazidos ajuízo.

Ainda que a inicial descreva jornada rígida durante todo o período ali indicado, fato impugnado pelo empregador, tal horário de trabalho deve preponderar em detrimento do desconhecimento das alegações patronais em juízo por parte da preposta.

Não socorre à reclamada, data vênia, o esforço em fazer crer que a preposta reiterou as jornadas contidas nos cartões de ponto em relação ao período anterior a julho de 1999, pois o desconhecimento revelado encerra inarredável confissão sobre os fatos ignorados." (fls. 549/554)

O Eg. Regional considerou, assim, a Reclamada confessa quanto ao período de março de 1997 (admissão do Reclamante na Empresa) até junho de 1999, inclusive, no tocante à jornada extraordinária declinada na petição inicial.

O Reclamante, nas razões do recurso de revista, sustenta que lhe são devidas todas as horas extras descritas na petição inicial e não somente as trabalhadas no período antes delimitado.

Alega violação aos seguintes preceitos legais: arts. 333, inc. I, 348, 349 e 350 do CPC e art. 818 da CLT. Fundamenta:

"Quando o empregador usa da faculdade de se fazer substituir por preposto, este deve conhecer todos os fatos que deram origem ao dissídio (art. 843, §o, da CLT c/c art. 345 do CPC); pois o contrário seria admitir a frustração da norma inserida no art. 848 consolidado.

No caso concreto, não foge à regra, o que resta desconhecido pela preposta na audiência realizada no dia 19/09/2001, deverá ser aplicada a pena de confissão, nos estritos termos dos arts. 343, §2º, CPC c/c art. 769, da CLT, reformando a decisão primária neste particular, para ser deferido todas as horas extras reclamadas na inicial." (fls. 643/644)

O Eg. Tribunal a quo denegou seguimento ao recurso de revista, no particular, com supedâneo no óbice encontrado na Súmula nº 126 do TST.

A decisão há de ser mantida.

Com efeito, constata-se das argumentações do Reclamante a nítida pretensão de revolver a matéria fático-probatória carreada aos autos: requer seja reanalisado o depoimento da preposta para, daí, aferir se esta desconhecia os fatos apenas até junho de

1999, inclusive, ou até o período da dispensado empregado.

Tal análise, entretanto, revela-se inviável em sede de recurso de revista, motivo pelo qual este efetivamente não merecia seguimento.

Incide, no caso, o entendimento consagrado na Súmula 126 desta Eg. Corte.

2.3. PROVA ILÍCITA. JUSTA CAUSA. "E-MAIL". RASTREAMENTO. INTIMIDADE. INVIOABILIDADE

A Empresa ora Agravada despediu o ora Agravante por justa causa, depois de constatar que o Reclamante, no exercício de suas funções, teria expedido comunicações eletrônicas -- e-mail's -- com fotos pornográficas, utilizando-se do computador e do provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico da empresa que lhe foi disponibilizado para a execução de suas tarefas profissionais.

Insurge-se o Reclamante no tocante à admissão das provas apresentadas pela Reclamada para comprovar a justa causa. Aduz que a Reclamada teria violado o seu "e-mail", sem a sua anuência, contaminando, assim, as provas obtidas mediante esse acesso "ilegal".

O Eg. Tribunal Regional consignou, no particular (sem grifo no original)

"JUSTA CAUSA. MEIO DE PROVA. LICITUDE.

O juízo a quo não acolheu a justa causa pretendida pela reclamada, alegando que as provas obtidas o foram de modo ilegal, com violação ao art. 5º, XXII, da Constituição, razão pela qual condenou a reclamada ao pagamento das seguintes verbas rescisórias de direito.

Renova a reclamada, em sede de recurso ordinário, a tese da justa causa. Diz que o autor utilizou-se indevidamente do correio eletrônico e do e-mail da empresa, os quais lhe foram concedidos para o exercício regular das suas atividades, para a transmissão de fotos de conteúdo pornográfico.

Aduz, ainda, que existe norma do Banco determinando que e-mail recebido por empregado deverá ficar restrito a assuntos inerentes ao trabalho.

Alega a reclamada que, ainda que assim não se considere, mesmo na hipótese de se entender que tenha sido a prova produzida através de meio ilícito, é importante que seja utilizado no presente caso o princípio da proporcionalidade, de forma a afastar os extremos, qual seja, a total inadmissibilidade da prova considerada ilícita.

Comungo dos fundamentos lançados nas razões de recurso da reclamada acerca do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada.

A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

De acordo com a decisão de 1º grau, a reclamada teria utilizado de meios ilícitos, substanciados no rastreamento do e-mail do reclamante, para descobrir quem teria passado as fotos pornográficas para outras pessoas dentro da empresa.

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o e-mail do reclamante, como o seu próprio provedor.

Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido dos e-mails, por um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.

É importante frisar que o obreiro, em seu depoimento, conforme se vê as fls. 117, não infirmou as alegações patronais no sentido de que a utilização do e-mail estaria restrita para fins de trabalho, tendo em vista ter declarado '... que o depoente não tem certeza se a reclamada tinha restrição em relação ao uso de e-mail para assunto que não de serviço...'

Nestas circunstâncias sequer se poderia falar em privacidade; o fato é que a reclamada concedeu ao autor um e-mail com vistas à exclusiva utilização para o trabalho, visto que o provedor era do HSBC.

Não há qualquer violação ao e-mail do reclamante, posto que isto não era de sua propriedade. Sendo o e-mail propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado.

Ocorre que muitos funcionários vem se utilizando da internet e da intranet para fins outros que não os inerentes às atividades da empresa. Tal conduta traduz-se em ato faltoso e, do ponto de vista de muitos juristas, inclusive, ensejador de rescisão

contratual por justa causa. Há que se concordar que tal situação não pode ser enquadrada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal [...].

O legislador constituinte, ao criar este dispositivo, o fez com o intuito de proteger a intimidade das pessoas, em situações que comumente ocorrem em locais privados. Entretanto, é evidente que dentro de uma empresa, onde todos os instrumentos são de sua propriedade e disponibilizados aos empregados com o único objetivo de melhor desenvolverem suas atividades, a situação é diversa, sendo até mesmo óbvio que não exista 'confidencialidade' dentro das empresas e que os usuários, acima de tudo, não confundam sua vida particular com a atividade profissional.

Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta, em regra, responde solidariamente por tal ato. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a

apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado.

Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização às informações que tramitam no âmbito da empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso do sistema internet, que pode, inclusive, atentar contra a moral e os bons costumes, causando a imagem da empresa prejuízos de larga monta.

Desta forma, não há qualquer indício de que a reclamada tenha tentado invadir, deliberadamente, a suposta privacidade do autor, ressaltando-se que, diante da gravidade das denúncias recebidas, cabia ao empregador promover as diligências necessárias a apuração dos fatos denunciados, sob pena de incorrer em omissão.

Assim, não vejo, com a mesma clareza do Juízo a quo, a suposta violação à garantia da intimidade do reclamante, razão pela qual, no presente caso, não há que se falar na obtenção de provas por meio ilícito." (fls.535/540)

Interessante, também, transcrever alguns trechos do voto do Juiz Douglas Alencar Rodrigues, Revisor:

"Sr. Presidente,

Estou de acordo com o bem cuidado voto condutor, mas peço permissão para tecer algumas breves considerações apenas acerca da falta grave discuti dano recurso empresarial.

Como esclareceu a d. Juíza Relatora, o Banco recorrente deliberou rescindir por falta grave o contrato de trabalho mantido com o Reclamante, após constatar que ele, no exercício de suas funções, fez expedir comunicações eletrônicas - e-mail's - com fotos pornográficas, utilizando-se do computador

da empresa, de seu provedor e do próprio endereço eletrônico que lhe foram disponibilizados para a execução de suas atribuições.

A matéria é inédita e suscita uma série infindável de questões, como a que foi tratada na instância primária, envolvendo a natureza ilícita do acervo probatório construído pelo Reclamado, a partir do rastreamento de seu próprio provedor para identificação da unidade responsável pela remessados e-mail's com aquele conteúdo pornográfico.

Na opinião do i. Julgador Primário, porque obtidas a partir da quebra do sigilo de correspondência do Reclamante, as provas obtidas seria ilícitas, por isso não se prestando à justificação da falta grave aplicada, ante a ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da CF.

Penso, porém, que a solução é diversa, reclamando o percurso prejudicial de algumas etapas de raciocínio.

Em primeiro plano, cabe aferir se o e-mail concedido para o exercício funcional pode ou não ser equiparado às correspondências postais e telefônicas e, nessa condição, se estaria alcançado pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Em segundo lugar, se a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas, teria ou não violado alguma garantia constitucional, contaminando as provas obtidas.

E, finalmente, em terceiro plano, cumpre decidir se os fatos apurados justificaram ou não a resolução contratual praticada pelo Reclamado.

Em relação ao primeiro aspecto, não vejo, com todas as venias devidas ao i. Juízo Primário, como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador.

Relembro, inicialmente, que o art. 5º, inciso IX, da CF consagra a todos os cidadãos a liberdade de expressão comunicativa, independentemente de censura ou licença, igualmente assegurando, em seu inciso X, a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a previsão de indenização quando violadas.

Preconiza, também, o inc. XII do mesmo art. 5º da CF [...].

No caso concreto, contudo, nenhum desses dispositivos restou malferido, como passo a evidenciar.

Definitivamente, não há como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho.

Titular do poder diretivo, o empregador assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas por seus empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas.

[...]

Parece certo, portanto, que, na ausência de regras expressas que viabilizem a utilização dos equipamentos da empresa para fins privados, não há como admitir sejam eles manipulados com esse propósito, a tal modo que se possa reconhecer ao empregado direito ao sigilo de correspondência eletrônica.

Muito embora dos autos aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão, o que

poderia sugerir a inexistência de qualquer restrição para a utilização do e-mail para fins pessoais, é certo que - como consignado no parecer ministerial emitido em sessão - em todos os e-mails acionados pelos empregados do Reclamado consta um breve texto em inglês, ressaltando o caráter confidencial das comunicações trocadas por aquele sistema eletrônico e a nota de que deveriam restituir mensagens recebidas com equívoco, apagando-as em seguida do próprio programa de comunicação. Ainda que fosse absolutamente silente o contrato ou os sistemas operados, é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis. Considerando os objetivos que justificaram a concessão de e-mail pelo Reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

[...]

Seja como for, não sendo possível, na visão deste juízo (CPC, art. 131), reconhecer privacidade no sistema de comunicação eletrônico disponibilizado pelo Reclamado para a execução pelo Reclamante de suas atividades profissionais, resta claro que a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, não violou qualquer garantia constitucional, tampouco contaminando as provas colhidas pela empresa, ao contrário do que inteligiu o d. juízo primário.

Fixadas essas premissas, tenho como nítida a prática de ato suscetível de autorizar a resolução do contrato, por mau procedimento, [...].

Merece, pois, provimento a irresignação patronal.

Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).

Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de fotos pornográficas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando a resolução do pacto laboral.

Com essas breves considerações, acompanho o voto condutor.

É como voto, Sr. Presidente."

Sustenta o Reclamante no recurso de revista que o Eg. Tribunal a quo teria violado o art. 5º, incisos X, XII e LVI, da

Constituição Federal, particularmente ao admitir as provas ilícitas apresentadas pela Reclamada.

Argumenta o Agravante:

"Temos que a prova produzida pela empresa para substanciar a censurável justa causa alegada em sua defesa e reconhecida pelo Regional, não pode ser admitida em juízo, pois totalmente contaminada, em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do Autor.

[...]

Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (e-mail) - o que abrange o conhecimento das fotos a ela anexadas - foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia eletrônica, o que, por si só, caracteriza violação da correspondência e a quebra da legalidade.

Apesar de o Reclamado ter dito que a conta de e-mail por ela fornecida ao Autor foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, isso não significa dizer que o autorizaria quebrar o sigilo da correspondência e ter acesso ao teor dos e-mails do Recorrente sem sua anuência, ou de algum dos integrantes da cadeia.

[...]

O fato do (sic) Autor descumprir a determinação do Reclamado para somente usar sua conta de e-mail para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão contratual por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o Reclamado teve acesso ao teor do e-mail, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 5º, LVI c/cart. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou Garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII)." (fls. 634/636)

A peculiaridade e a estupenda relevância do presente caso recomendam uma abordagem particularizada dos seus múltiplos aspectos.

2.3.1 A INTERNET NO AMBIENTE DE TRABALHO

Sabe-se que a Internet e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas Empresas, que se utilizam desse novo meio de comunicação para desenvolver os meios de produção, proporcionando, dentre outras vantagens, maior eficiência para as suas atividades.

O número expressivo de empregados trabalhando on line é uma indicação clara da eficiência e utilidade das comunicações eletrônicas, tais como "e-mail" e acesso à Internet para fins profissionais. De baixo custo e rápidas, as comunicações eletrônicas podem melhorar a eficiência e produtividade dos empregados, propiciando formas convenientes de comunicação com clientes, colegas de trabalho, além de transmissão de informações de modo infinitamente mais eficiente. Dadas as óbvias vantagens, inquestionável o fato de as empresas estarem cada vez mais lançando mão de tais recursos tecnológicos.

Sabe-se, todavia, que alguns empregados, com relativa frequência, abusam na operação do e-mail corporativo e da própria Internet, sob múltiplas formas, bem conhecidas: envio a terceiros de fotos pornográficas ou a divulgação de mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo

empresarial, ou contendo vírus etc. Outras vezes o empregado, em terminal de computador da empresa, no horário de trabalho, vale-se da Internet para baixar músicas e filmes, ou acessa sites "adultos" e, enfim, consome tempo e recursos preciosos do empregador, para tratar de assuntos não relacionados ao serviço, acarretando sensível queda da produtividade, quando não lentidão no sistema de informática da empresa.

Essas e muitas outras situações bem conhecidas denotam que a tecnologia da Internet, mormente da correspondência eletrônica, com seus encantos em azelas, tem suscitado um elenco infindável de tormentosas e atormentadoras questões jurídicas.

Uma de tais questões consiste em saber se o empregador tem direito de rastrear ou monitorar o e-mail corporativo disponibilizado ao empregado para uso em serviço e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida, destinada à apuração de justa causa em processo judicial.

3.2.2 "E-MAIL" CORPORATIVO E "E-MAIL" PARTICULAR

Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o "e-mail" apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema ("O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho". São Paulo: LTr, 2004, p. 64).

Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: "e-mail" particular ou pessoal do empregado e "e-mail" corporativo.

No caso de "e-mail" particular ou pessoal do empregado -- em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador -- ninguém pode exercer controle algum de conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em e-mail particular.

Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado e-mail corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa.

O "e-mail" corporativo distingue-se do e-mail pessoal ou particular do Empregado, na medida em que aquele equivale a uma ferramenta de trabalho que a própria Empresa coloca à sua disposição para utilização em serviço.

O "e-mail" corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética.

A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de e-mail não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio

empregador utilizada para evitar que terceiros, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de e-mail da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos internos e confidenciais.

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização comedida do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do e-mail corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico.

Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do e-mail corporativo na empresa.

Cumpra ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência em relação ao empregado, no tocante ao uso do e-mail corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade.

Se o e-mail é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional.

Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins pessoais, muito menos para provocar prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade.

Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o e-mail corporativo, poderá a Empresa, em tese, responder perante terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia com a utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III).

Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra BELMONTE:

"Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa.

No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados Legal Disclaimers ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, quer emitam ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abalroamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto." (IN: MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, LTr, 2004, P. 113)

3.2.3 MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO NO DIREITO COMPARADO

Uma vez que o Brasil, como visto, ressaente-se da ausência de normatividade específica a respeito da correta utilização do e-mail corporativo pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo Empregador, revela-se pertinente um

rápido exame dessas questões sob o prisma do Direito Comparado.

Em termos legislativos, o Reino Unido é o País que mais evoluiu nesta área: o Parlamento aprovou lei, conhecida como RIP (Regulation of Investigatory Powers Act), que autoriza os empregadores, desde 24/10/2000, a promover o monitoramento de e-mails e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais:

"(3) Conduct consisting in the interception of a communication is authorised by this section if -
(a) it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and
(b) it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services." (Part I, Chapter 1, Section 3)²

Mais adiante dispõe ainda a referida Lei inglesa:

"(3) Nothing in any regulations under section (2) shall authorise the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business." (Part I, Chapter 1, Section 4)³

Nos Estados Unidos da América, há diversos precedentes que, a meu ver, merecem realce.

A Eg. Corte Suprema dos Estados Unidos analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso *O'Connor v. Ortega*. (480 U.S., 107 S.Ct. 1492, 94 L.Ed.2d 714 - de 1987).

À época, a Eg. Suprema Corte Norte-Americana reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de proteção legal. Entretanto, deve-se ponderar esta privacidade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho.

A Eg. Corte assentou que, em certas áreas, os empregados podem ter uma razoável expectativa de privacidade (expectation of privacy). Mas, ressalva-se, nunca de forma absoluta:

"The decision recognized that with the question of privacy in the workplace there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is a question of specific practice within the employee's workplace, and the issue of whether an employee has a reasonable expectation of privacy 'must be addressed on a case-by-case basis'." (Id. IN 716, 1497) Sob tal entendimento, diversos cidadãos daquele País moveram ações em desfavor do empregador ao argumento de que este, supostamente, teria violado sua privacidade ao monitorar o e-mail corporativo.

A maioria das Cortes americanas, porém, tende a assentar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador, não tem expectativa de privacidade quanto a esta. Vale dizer: tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador, os referidos Tribunais americanos vêm consignando que o empregado não tem razoável expectativa de privacidade quanto à utilização do e-mail corporativo e do acesso à Internet através do sistema operacional da empresa. Acentuam, inclusive, que mesmo que

houvesse uma razoável expectativa de privacidade, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do e-mail da empresa e dos sistemas de Internet.

No leading case de *Smyth v. Pillsbury Co.*, determinado Empregado alegou que havia sido dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade teria sido violada. Neste caso, a Eg. United States Court for the Eastern District of Pennsylvania entendeu que o Empregado havia enviado várias mensagens de e-mail através do sistema da Empresa, que vieram a ser acessadas pelo seu Empregador, sem a sua anuência. Devido ao conteúdo impróprio destas mensagens, o Empregador rescindiu o contrato de emprego. Esta Eg. Corte da Pennsylvania, entretanto, negou procedência ao pedido do Empregado, a despeito de resultar comprovado que o Empregador havia reiterado aos seus Empregados que o e-mail poderia ser utilizado para fins pessoais e que as mensagens não seriam, em momento algum, interceptadas, mantendo-se confidenciais. A aludida Corte americana entendeu que, mesmo com as referidas concessões do Empregador, o Empregado não tinha expectativa de privacidade ao utilizar o sistema da empresa para enviar suas mensagens de e-mail. Releva transcrever alguns trechos da decisão em apreço:

Liability only attaches when the "intrusion is substantial and would be highly offensive to the 'ordinary reasonable person.'" *Borse*, 963 F.2d at 621 (citation omitted). Although the Court of Appeals in *Borse* observed that "the Pennsylvania courts have not had occasion to consider whether a discharge related to an employer's tortious invasion of an employee's privacy violates public policy", the Court of Appeals predicted that in any claim where the employee claimed that his discharge related to an invasion of his privacy "the Pennsylvania Supreme Court would examine the facts and circumstances surrounding the alleged invasion of privacy. If the court determined that the discharge was related to a substantial and highly offensive invasion of the employee's privacy, believe that it would conclude that the discharge violated public policy." *Id.* at 622. In determining whether an alleged invasion of privacy is substantial and highly offensive to a reasonable person, the Court of Appeals predicted that Pennsylvania would adopt a balancing test which balances the employee's privacy interest against the employer's interest in maintaining a drug-free workplace. *Id.* at 625. Because the Court of Appeals in *Borse* could "envision at least two ways in which an employer's drug and alcohol program might violate the public policy protecting individuals from tortious invasion of privacy by private actors" *id.* at 626, the Court vacated the district court's order dismissing the plaintiff's complaint and remanded the case to the district court with directions to grant *Borse* leave to amend the Complaint to allege how the defendant's drug and alcohol program violates her right to privacy.

Applying the Restatement definition of the tort of intrusion upon seclusion to the facts and circumstances of the case sub judice, we find that plaintiff has failed to state a claim upon which relief can be granted. In the first instance, unlike urinalysis and personal property searches, we do not find a reasonable expectation of privacy in e-mail communications

voluntarily made by an employee to his supervisor over the company e-mail system notwithstanding any assurances that such communications would not be intercepted by management. Once plaintiff communicated the alleged unprofessional comments to a second person (his supervisor) over an e-mail system which was apparently utilized by the entire company, any reasonable expectation of privacy was lost. Significantly, the defendant did not require plaintiff, as in the case of an urinalysis or personal property search to disclose any personal information about himself. Rather, plaintiff voluntarily communicated the alleged unprofessional comments over the company e-mail system. We find no privacy interests in such communications. In the second instance, even if we found that an employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we do not find that a reasonable person would consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of his privacy. Again, we note that by intercepting such communications, the company is not, as in the case of urinalysis or personal property searches, requiring the employee to disclose any personal information about himself or invading the employee's person or personal effects. Moreover, the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments. In sum, we find that the defendant's actions did not tortiously invade the plaintiff's privacy and, therefore, did not violate public policy. As a result, the motion to dismiss is granted. (Smyth v. Pillsbury Co., 914 F.Supp. 97, 100 - E.D. Pa. 1996)

Outro caso famoso ocorreu no Estado do Texas, onde o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas também se posicionou favoravelmente em relação ao Empregador.

No aludido processo, independentemente de a Empresa Microsoft haver providenciado ao Empregado uma senha de acesso para o e-mail e uma pasta pessoal para arquivar suas mensagens, a Eg. Corte do Texas também decidiu que ao Empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens arquivadas dentro daquela pasta ou dentro de sua caixa de e-mail.

A mencionada conclusão fundou-se no argumento de que as mensagens de e-mail primeiro teriam circulado dentro de vários pontos do sistema de e-mail da Microsoft, onde poderiam ser acessadas a qualquer hora pela Empresa e, somente depois, viriam a compor a esfera privada do Empregado. Importa transcrever o seguinte trecho da decisão:

"As asserted by McLaren in his petition, e-mail was delivered to the server-based "inbox" and was stored there to read. McLaren could leave his e-mail on the server or he could move the message to a different location. According to McLaren, his practice

was to store his e-mail messages in "personal folders." Even so, any e-mail messages stored in McLaren's personal folders were first transmitted over the network and were at some point accessible by a third-party. Given these circumstances, we cannot conclude that McLaren, even by creating a personal password, manifested - and Microsoft recognized - a reasonable expectation of privacy in the contents of the e-mail messages

such that Microsoft was precluded from reviewing the messages." (Case n° 05-97-00824, 1999 Tex.App.Lexis 4103 -Tex. Ct. Of App., May 1999)

A Eg. Court of Appeal of the State of California, por sua vez, no caso Bourke v. Nissan Motor Corporation, manifestou-se no mesmo sentido:

Whether an individual's constitutional right to privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed. (Alarcon v. Murphy (1988) 201 Cal.App.3d 1, 5; People ex rel. Franchise Tax Bd. v. Superior Court (1985) 164 Cal.App.3d 526, 540-541.) Nissan maintains that the evidence conclusively establishes that plaintiffs had no reasonable expectation of privacy in their E-mail messages. In support of this contention, they cite the following undisputed facts: (1) Plaintiff each signed a Computer User Registration Form, which states that "[I]t is company policy that employees and contractors restrict their use of company-owned computer hardware and software to company business." (2) In November or December of 1989, more than a year before her termination, Hall learned from co-workers that E-mail messages were, from time to time, read by individuals other than the intended recipient. Hall relayed this information to Bourke in March of 1990. (3) In June 1990, a full six months before Bourke's termination, a fellow employee, Lori Eaton, contacted Bourke to complain about the personal, sexual nature of Bourke's E-mail message which Eaton had retrieved for demonstration purposes during a training session at an Infiniti dealership.

Nissan contends that the foregoing uncontroverted facts regarding plaintiffs knowledge that E-mail messages could in fact be read without the author's knowledge or consent establishes as a matter of law that plaintiffs had no objectively reasonable expectation of privacy in those messages. In contradiction of that conclusion, plaintiffs assert that they had such an expectation because they were given passwords to access the computer system and were told to safeguard their passwords. While plaintiffs' statements that they believed that their E-mail messages would remain private may be sufficient, on a motion for summary judgment, to raise the issue of plaintiffs' subjective understanding, the question presented to us is whether their expectations of privacy were objectively reasonable as a matter of law. We agree with the trial court that they were not.

In the absence of a reasonable expectation of privacy, there can be no violation of the right to privacy. (Alarcon v. Murphy, supra, 201 Cal.App.3d 1, 5.) Thus, plaintiffs' causes of actions for common law invasion of privacy and violation of the constitutional right to privacy were properly dismissed on summary judgment. (Case n° B068705 - July 2003)

Abraçaram igualmente tal diretriz os seguintes precedente norte-americanos: Restuccia v. Burk Technology, Inc., julgado pela Eg. Supreme Judicial Court of Massachusetts em 12/08/96; Fraser v. Nationwide Life Insurance Co., julgado pela Eg. United States Court of Appeals for the Third Circuit em 23/06/03.

Perceba-se, assim, dessa rápida menção ao Direito Comparado, que dois Países paladinos do respeito às liberdades civis e aos direitos e garantias individuais do cidadão - EUA e Reino Unido - não ousaram estender ao e-mail corporativo a proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No Brasil, penso que não há razão para adotar solução diferente.

Sem mais, é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

KARL LARENZ, em clássica obra, após assinalar que se alude ao princípio da proporcionalidade para designar "las limitaciones o desventajas, que alguien tiene que tolerar en un caso concreto, en interés de otro o de la generalidad" e depois de referir ao

"principio de que la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección otro bien o de un interés de mayor peso", arremata:

"El principio de proporcionalidad suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra. Ello significa, ante todo, que 'los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular'. Con el rasero de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional federal mide, entre otras cosas, la necesidad y la duración de la prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia, indudablemente conecta con la idea de 'moderación' y de 'medida justa' en el sentido de

equilibrio." (Derecho Justo, Civitas, 1985, pag. 144/145)

Na espécie, a invocação do princípio da proporcionalidade vem a propósito da necessidade de sopesarem-se os múltiplos valores jurídicos em xeque e não apenas o direito do empregado, como qualquer cidadão, à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No caso concreto, de um lado, não há, como ressaltado, identidade de fins entre o correio eletrônico particular e o corporativo, para que se pudesse cogitar de transgressão ao princípio da inviolabilidade da comunicação.

De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão -- valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de e-mail corporativo, dada a sua finalidade -- não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o direito do empregador à imagem. Ora, ocioso repisar quão comprometedor e danosa pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da Internet e do correio eletrônico da empresa.

Ademais, se cuida de "e-mail" corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.

Tecidas essas considerações, passo ao exame objetivo do agravo de instrumento do Reclamante.

A insurgência do Agravante não merece prosperar.

No caso, o próprio Reclamante, nas razões do recurso de revista, reconhece que o e-mail corporativo foi disponibilizado pela Reclamada para ser utilizado "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço". (fl. 636)

Fixada tal premissa, e a exemplo do que já se delineia, como visto, no Direito Comparado, não diviso razoável expectativa de privacidade do empregado na utilização de "e-mail" corporativo fornecido pela Empresa.

Em meu entender, o e-mail corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o Empregador confia ao Empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais.

Penso, por conseguinte, que se o e-mail corporativo pertence à Reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o Empregador monitorar a atividade do Empregado, no horário de trabalho.

Bem se compreende que assim seja porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do Empregador exclusivamente para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, sem a proteção do sigilo pessoal de correspondência.

Não colhe o argumento do Reclamante de que a Empresa Agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do e-mail corporativo, ao providenciar para o ora Agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico.

Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao e-mail corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do Empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens.

Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas.

Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de e-mail corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, no caso, o empregado não tinha razoável expectativa de privacidade, o que se extraída declaração de que o e-mail corporativo destinava-se "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço" (fl. 636).

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio

ilícito (art.5º, LVI), por isso que, sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa,meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional.

O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível.

Nego provimento ao agravo de instrumento do Reclamante.

B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conforme fundamentos expostos em item anterior, o Eg. Tribunal a quo acolheu o pedido de pagamento de horas extras, referentes ao período entre março de 1997 a junho de 1999, conforme jornada descrita na petição inicial, ao fundamento de que a preposta revelou desconhecimento da jornada de labor efetiva do Reclamante no aludido período.

A Reclamada, no recurso de revista, aponta violação ao artigo 333, incisos I e II, do CPC e ao artigo 843, § 1º, da CLT. Sustenta que o desconhecimento dos fatos, por parte da preposta, acarreta confissão ficta que, por sua vez, poderá ser infirmada mediante prova em contrário.

Aduz, ainda, que o próprio Eg. Regional considerou válidos os cartões de ponto carreados aos autos, porquanto a prova testemunhal não se mostrou suficiente para afastar a fidelidade dos registros.

Traz arestos para confronto.

Assiste razão à Reclamada, ora Agravante.

Conforme visto, o próprio Eg. Regional acentuou que a Reclamada produziu prova válida e idônea da jornada de labor do Empregado, no caso os cartões de ponto assinados pelo Reclamante.

Não obstante, constata-se dos fundamentos do v. acórdão regional que a condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras, no período entre março de 1997 a junho de 1999, fundou-se, tão-somente, no fato de a preposta não ter demonstrado conhecimento de todos os fatos controvertidos.

Por conseguinte, o Eg. Regional presumiu, de forma absoluta, que a circunstância de a preposta desconhecer a jornada de trabalho do Reclamante seria o suficiente para afastar todo o conjunto probatório dos autos e para permitir o reconhecimento da jornada declinada na petição inicial.

Ora, a confissão tácita decorrente de o preposto ignorar fatos relevante se controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário.

Nada obsta, desse modo, a que o órgão judicante, a despeito da confissão tácita em apreço, rejeite o pleito das horas extras em conformidade com a jornada declinada pelo Reclamante na petição inicial, se as folhas individuais de presença carreadas aos autos registram jornada diversa, com intervalo e marcação de horários extras, e o Reclamante, por qualquer outro meio de prova, não consegue demonstrar a prestação das horas extraordinárias postuladas.

Desse modo, o Eg. Regional, ao não acolher o pedido de horas extras, com amparo nas folhas individuais de presença

carreadas aos autos, cuja idoneidade não foi desconstituída, afrontou o artigo 843, § 1º, da CLT.

Tal dispositivo legal não reza que o desconhecimento de fatos controvertidos e relevantes pelo preposto gera presunção absoluta das alegações da parte contrária.

Nesta diretriz, o seguinte precedente desta Eg. Corte:

"PREPOSTO. CONFISSÃO FICTA. DESCONHECIMENTO DE FATOS. PRESUNÇÃO RELATIVA1. A confissão ficta decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário. 2. Nada obsta a que o órgão julgante, a despeito da confissão ficta em apreço no tocante à efetiva jornada de labor, rejeite o pleito de horas extras se as folhas individuais de presença carreadas aos autos registram jornada normal do empregado, com intervalo e marcação de horários extras, e o Reclamante, por qualquer outro meio de prova, não demonstra a prestação das horas extraordinárias postuladas. Inexistência de afronta ao art. 334, II, do CPC. 3. Recurso de revista de que não se conhece." (TST-RR-803831/2001, DJ de 03/12/2004, Ministro Relator JOÃO ORESTE DALAZEN)

Portanto, admito o recurso de revista, na forma da alínea "b" do art. 896da CLT, por vulneração ao artigo 843, § 1º, da CLT.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso de revista interposto pela Reclamada.

Com fulcro no artigo 897, § 7º, da CLT (Lei nº 9.756/98), passo, desde logo, ao julgamento do recurso principal ora admitido, uma vez observadas as formalidades traçadas na Resolução Administrativa nº 736/2000 do TST (DJU 11.10.2000, P. 279/280).

B) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alega a Reclamada, no recurso de revista, que o Eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar as seguintes questões: quanto à inexistência de atestado médico nos autos, referente aos dias 5, 6 e 7 de outubro de 1998;

e quanto à juntada de cartões de ponto válidos, elidindo a condenação em horas extras, no período de março de 1997 a junho de 1999.

Aponta vulneração ao artigo 832 da CLT, e ao artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal.

Não assiste razão à Reclamada,

Com efeito, o Eg. Regional, ao apreciar e julgar o recurso ordinário da Reclamada, analisou todo o conjunto probatório carreado aos autos e apenas não acolheu os seus argumentos.

Não vislumbro nulidade a ser declarada, porquanto o v. acórdão regional emitiu pronunciamento a respeito do tema cuja omissão se alega, consignando que resultou comprovada a emissão de atestado médico, assim como se manifestou acerca dos cartões de ponto trazidos pela Reclamada.

Como já assentado em item anterior, o fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa

negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucede uno caso dos autos.

Assim, não diviso violação aos artigos 832 da CLT, e 93, IX, da Constituição da República.

No tocante ao artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam à argüição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST.

Não conheço, pois, do recurso de revista.

1.2. ATESTADO MÉDICO. IMPUGNAÇÃO

No particular, o Eg. Regional consignou:

"Recorre a Reclamada contra a condenação ao pagamento do período que vai de 05 a 07/10/1998, alegando que o Reclamante não deu ciência a ela da sua condição.

O ônus de provar o fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito era da Reclamada (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 333, II) e esta não se desincumbiu de tal tarefa.

Admitido pela Reclamada o trabalho no período de 05 a 07 de outubro de 1998 (às fls. 455) e comprovada a emissão de atestado médico próprio (às fls. 104), não impugnado, tem-se que restou observado o mister do recorrido.

Acertada a decisão primária, pelo que merece ser mantida neste item." (g.n.) (fl. 544)

No recurso de revista, a Reclamada sustenta violação aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Aduz que o Reclamante não juntou o atestado médico aos autos, sendo indevida a condenação da Empresa-Agravante no tocante ao período de 5 a 7 de outubro de 1998.

A irresignação, contudo, resulta infundada.

Com efeito, o Eg. Regional, analisando as provas carreadas aos autos, assentou que o Reclamante havia efetivamente trabalhado no referido período e, também, comprovado a emissão do atestado médico.

Inviável, em sede de cognição extraordinária e restrita, o Eg. TST reexaminar a matéria, sob pena de contrariedade à Súmula nº 126/TST.

Não conheço, portanto, do recurso de revista.

1.3. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. CONFISSÃO. PREPOSTO. DESCONHECIMENTO DOS FATOS

Conheço do recurso de revista, no particular, por violação ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, remetendo para tal, aos fundamentos expendidos no julgamento do agravo de instrumento da Reclamada.

2. MÉRITO DO RECURSO DE REVISTA

Como corolário do conhecimento por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, dou parcial provimento ao recurso de revista da Reclamada para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre

março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, negar provimento ao agravo de instrumento do Reclamante e dar provimento ao agravo de instrumento da Reclamada, determinando o processamento do

recurso de revista; conhecer do recurso de revista da Reclamada, por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc.II, do CPC, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

Brasília, 18 de maio de 2005.

JOÃO ORESTE DALAZEN

Ministro Relator

ANEXO C – Acórdão Inteiro Teor (NÚMERO ÚNICO PROC: ED-RR - 613/2000- 013- 10- 00

Acórdão Inteiro Teor

NÚMERO ÚNICO PROC: ED-RR - 613/2000- 013- 10- 00
PUBLICAÇÃO: DJ - 28/10/2005

PROC. Nº TST-ED-RR-613/2000- 013- 10- 00.7

A C Ó R D Ã O

1ª Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ESCLARECIMENTOS.

1. Os embargos de declaração, precisamente porque constituem remédio processual apto a obter um juízo integrativo-retificador da decisão, servem, em última análise, para prestar esclarecimentos.

2. Embargos de declaração a que se dá provimento apenas para prestar esclarecimentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-ED-RR-613/2000- 013- 10- 00.7, em que são Embargantes HSBC SEGUROS BRASIL S.A. e ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO e Embargados OS MESMOS.

A Eg. Primeira Turma, julgando os agravos de instrumento interpostos, negou provimento ao do Reclamante e deu provimento ao da Reclamada, passando, desde então, ao julgamento do recurso principal admitido.

Mediante o v. acórdão de fls. 718/745, a Eg. 1ª Turma deu parcial provimento ao recurso de revista interposto da Reclamada para, afastando a confissão ficta, determinar que seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos. Eis a ementa da referida decisão:

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

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige

muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o “e-mail” corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de “e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de “e-mail” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

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

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

A Reclamada interpõe embargos de declaração (fls. 747/752). Aponta omissão no v. acórdão no tocante à desnecessidade de anulação do v. acórdão regional, com o conseqüente retorno dos autos ao Eg. Regional, pois o Eg. Tribunal a quo já se manifestou acerca das provas existentes nos autos.

Alega, para tal, que o Eg. TST já teria todos os elementos necessários para julgar a improcedência do pleito formulado pelo Reclamante no tocante às horas extras.

O Reclamante, por sua vez, interpõe embargos de declaração (fls. 754/761) com fulcro nos arts. 832 e 897-A da CLT, art. 535 do CPC e art. 93, IX, da CF. Aponta omissões, contradições e obscuridades no v. acórdão embargado.

Vistos, determinei a apresentação do feito em Mesa, na forma regimental.

É o relatório.

A) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS PELA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO.

Satisfeitos os pressupostos legais, conheço dos embargos de declaração.

2. MÉRITO DOS EMBARGOS

No particular, consignou a Eg. 1ª Turma do TST:

“Conforme visto, o próprio Eg. Regional acentuou que a Reclamada produziu prova válida e idônea da jornada de labor do Empregado, no caso os cartões de ponto assinados pelo Reclamante.

Não obstante, constata-se dos fundamentos do v. acórdão regional que a condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras, no período entre março de 1997 a junho de 1999, fundou-se, tão-somente, no fato de a preposta não ter demonstrado conhecimento de todos os fatos controvertidos.

Por conseguinte, o Eg. Regional presumiu, de forma absoluta, que a circunstância de a preposta desconhecer a jornada de trabalho do Reclamante seria o suficiente para afastar todo o conjunto probatório dos autos e para permitir o reconhecimento da jornada declinada na petição inicial.

Ora, a confissão tácita decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário.

Nada obsta, desse modo, a que o órgão julgante, a despeito da confissão tácita em apreço, rejeite o pleito das horas extras em conformidade com a jornada declinada pelo Reclamante na petição inicial, se as folhas individuais de presença carreadas aos autos registram jornada diversa, com intervalo e marcação de horários extras, e o Reclamante, por qualquer outro meio de prova, não consegue demonstrar a prestação das horas extraordinárias postuladas.

Desse modo, o Eg. Regional, ao não acolher o pedido de horas extras, com amparo nas folhas individuais de presença carreadas aos autos, cuja idoneidade não foi desconstituída, afrontou o artigo 843, § 1º, da CLT.

Tal dispositivo legal não reza que o desconhecimento de fatos controvertidos e relevantes pelo preposto gera presunção absoluta das alegações da parte contrária.

[...]

Como corolário do conhecimento por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, dou parcial provimento ao recurso de revista da Reclamada para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.”

Sustenta a Reclamada que não haveria necessidade de anulação do v. acórdão regional, na medida em que o Eg. Regional já teria propiciado todas as considerações acerca do conjunto probatório no acórdão que proferiu. Alega, com isso, que o Eg. TST já teria todos os elementos necessários à análise do pleito da Reclamada relativo à improcedência do pedido do Reclamante quanto à horas extras supostamente trabalhadas no período entre março de 1997 e junho de 1999.

A pretensão, contudo, não merece prosperar. Senão, vejamos. Embora o Eg. Regional tenha se manifestado quanto à validade da prova documental apresentada pela Reclamada na fundamentação do acórdão, não analisou em concreto cada um dos documentos apresentados.

Para aferir exatamente quais as horas extraordinárias a serem reconhecidas, ou não, como trabalhadas, é imprescindível o reexame da matéria fático-probatória carreada aos autos.

Inviável, contudo, tal análise em sede de cognição extraordinária e restrita, em face do entendimento consagrado na Súmula nº 126 do TST.

Diante do exposto, dou provimento aos embargos declaratórios para, tão-somente, prestar estes esclarecimentos, suplementando a fundamentação da decisão embargada.

B) EMBARGOS DECLARATÓRIOS INTERPOSTOS PELO RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO.

Satisfeitos os pressupostos legais, conheço dos embargos de declaração.

2. MÉRITO DOS EMBARGOS

Mediante os presentes embargos de declaração, o Reclamante indica obscuridades, contradição e omissão no v. acórdão embargado.

Inicialmente, alega que não houve referência aos números do agravos de instrumento interpostos.

Requer, ainda, os seguintes esclarecimentos:

a) “partindo-se da premissa de que o acórdão admite a utilização do e-mail corporativo pelo empregado para fins particulares, ainda que de forma comedida [...]”, a viabilidade do monitoramento pelo Empregador não violaria a privacidade do Empregado?

b) pede esclarecimentos quanto ao fundamento utilizado para diferenciar a correspondência postal da eletrônica.

Questiona:

a) se a fundamentação para constatação da finalidade da senha pessoal do “e-mail” corporativo providenciada pelo Empregador foi extraída das provas carreadas aos autos;

b) por que não foi utilizado o depoimento da testemunha VALTER DOS SANTOS CONCEIÇÃO para constatar-se que advinha da própria convivência da empresa a permissão do uso do “e-mail” corporativo para fins particulares;

c) qual a legislação vigente utilizada para aplicar-se o princípio da proporcionalidade no caso em debate.

Aponta obscuridade no v. acórdão embargado, pois, embora o Eg. Tribunal tenha negado provimento ao agravo de instrumento do Reclamante, faz expressa menção a argumentos despendidos no recurso de revista deste.

Por fim, indica “evidente contradição do acórdão embargado quando determina a anulação do acórdão regional e, ao mesmo tempo, julga o mérito do recurso de revista patronal” (fls. 757/758).

Sem razão.

Inicialmente, cabe esclarecer que o número dos agravos de instrumento julgados por esta Eg. Corte consta na certidão de julgamento de fl. 714.

Nos demais aspectos, não logram provimento os embargos de declaração.

Sucedem que os embargos de declaração têm a finalidade de escoimar os pronunciamentos judiciais de certas falhas formais. Existem para aclarar decisões obscuras e para sanar contradição ou omissão. Não constituem instrumentos hábeis a serem utilizados com o fim de reformar a decisão e nem como substitutivo dos embargos de nulidade e infringentes do julgado, outrora previstos no artigo 652 da CLT.

Assim, somente procedem na hipótese de existência de vícios relacionados no preceito legal pertinente, o que não ocorre na hipótese vertente.

Ora, as alegações utilizadas pelo Embargante registram tão-somente o seu inconformismo com a decisão que lhe foi desfavorável.

De fato, quanto aos esclarecimentos requeridos, constata-se que o v. acórdão embargado tratou especificamente dos temas.

Confere-se:

“Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas.

Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de e-mail corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, no caso, o empregado não tinha razoável expectativa de privacidade, o que se extrai da declaração de que o e-mail corporativo destinava-se somente para assuntos e matérias afetas ao serviço (fl. 636).” (fl. 740)

Ademais, em relação aos questionamentos trazidos pelo Embargante, mister se faz o registro de que os embargos de declaração tampouco se prestam ao mero estabelecimento de diálogo entre as partes e o órgão jurisdicional, quando ausentes os vícios que a Lei, exaustivamente, enumera.

Assim, deixando o Embargante de demonstrar efetivamente quais vícios enumerados no art. 535 do CPC e art. 897-A da CLT estão presentes na decisão embargada, infundada a pretensão de o órgão jurisdicional ficar respondendo questionamentos que, mediante a simples leitura da decisão embargada, hão de ser respondidos.

Ora, a insatisfação com o resultado do julgamento demandará providências outras, segundo as orientações processuais cabíveis. Assim, interpostos à deriva das situações a que se prestam, impõe-se o desprovimento dos embargos de declaração.

Quanto à obscuridade apontada, não vislumbro o vício.

De certo, infundada a alegação do Embargante concernente à inviabilidade de, ao julgar o agravo de instrumento, o órgão jurisdicional ser impedido

de analisar o recurso de revista. Como se sabe, nos termos do art. 897, b, da CLT, o agravo de instrumento presta-se ao destrancamento de recurso.

Assim, ao proceder-se à análise do mérito do agravo de instrumento, mister se faz à do mérito do recurso de revista, na medida em que é necessário verificar se este preenche os pressupostos de admissibilidade aptos a ensejarem o conhecimento.

Por fim, no tocante à contradição apontada no v. acórdão embargado “quando determina a anulação do acórdão regional e, ao mesmo tempo, julga o mérito do recurso de revista patronal” (fl. 757/758), não vislumbro o vício, remetendo para tal, aos fundamentos expendidos no julgamento dos embargos de declaração da Reclamada.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos de declaração.
ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, I - dar provimento aos embargos de declaração da Reclamada para, tão-somente, prestar esclarecimentos, suplementando a fundamentação da decisão embargada; II conhecer dos embargos de declaração do Reclamante e, no mérito, negar-lhes provimento.

Brasília, 21 de setembro de 2005.

JOÃO ORESTE DALAZEN

Ministro Relator

**ANEXO D – Acórdão do processo número: 00782- 2002- 023- 04- 00- 9
(RO)**

Acórdão do processo número: 00782- 2002- 023- 04- 00- 9 (RO)

TRT DA 4ª REGIÃO – 2ª Turma

Julgado em 25.08.2004

Publicado em 09.09.2004

Juiz Relator João Ghisleni Filho

EMENTA:

PRELIMINARMENTE.

CONHECIMENTO DOS RECURSOS.

Hábil e tempestivamente interposto o recurso ordinário do reclamado, impõe-se o conhecimento desse apelo. Considerando-se o disposto na Portaria 067/2003 da Corregedoria deste Tribunal Regional, e que o recurso ordinário do sindicato-autor foi interposto dentro do prazo iniciado com a carga do processo, impõe-se o conhecimento desse apelo, e a rejeição da prefacial de intempestividade do recurso invocada em contrarrazões.

NO MÉRITO.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO.

LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.

O sindicato de empregados está legitimado a atuar judicialmente na qualidade de substituto processual em demanda onde se busca, mesmo que de forma ampla, a defesa dos interesses de integrantes da categoria. Inteligência da norma contida no inciso III do art. 8º c/c art. 5º, inciso XXI, ambos da CF/88.

Provimento negado.

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA EXPRESSÃO RESPONSABILIDADE DO TERMO A QUE SE REFERE O ITEM 4/1 DA DECISÃO DE DIRETORIA 068/2002.

Quanto à expressão responsabilidade, contida no Termo anexo à DE 068/2002, não há por que ser excluída, pois se limita à mera ciência dos empregados dos termos da Decisão de Diretoria acerca do uso profissional das Estações de Trabalho e responsabilidades decorrentes do cumprimento do contrato de trabalho.

Dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamado para absolvê-lo da condenação imposta.

RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO-AUTOR.

ALEGADA ALTERAÇÃO LESIVA DO CONTRATO DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE.

Em face da empresa demandada trabalhar com grande quantidade de informações que devem ser mantidas íntegras e com sigilo, não há qualquer reparo quanto à regulamentação do uso dos equipamentos de informática por seus empregados, o que afasta a pretendida declaração de nulidade da DE 068/2002.

Nega-se provimento.

VISTOS e relatados estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, interposto de sentença proferida pelo MM. Juízo da 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo recorrentes SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS - SERPRO E SINDICATO DOS TRABALHADORES EM PROCESSAMENTO DE DADOS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e recorridos OS MESMOS.

As partes, inconformadas com a sentença de origem, interpõem recursos ordinários.

O recurso ordinário do reclamado versa sobre carência de ação por ilegitimidade ativa do sindicato, inexistência de nulidade da expressão responsabilidade do Termo a que se refere o item 4/1 da DE 068/2002.

O recurso ordinário do sindicato- autor busca a declaração de nulidade da DE 068/2002 na parte que violaria a privacidade dos empregados substituídos e os impede de usar, os meios eletrônicos de correio e internet, tal como era permitido até o surgimento da nova norma interna, ressalvado o direito do empregador de apurar e punir os excessos e o uso indevido, na forma do postulado na inicial.

Contra- arrazoados ambos os recursos, sobem os autos a este Tribunal para julgamento.

O Ministério Público do Trabalho, por meio do parecer das fls. 402/404, da lavra do Procurador Cristiano Bocorny Corrêa, manifestou-se pelo não-provimento do recurso ordinário do reclamante, e pelo provimento parcial do recurso ordinário do reclamado para, rejeitando a preliminar de carência de ação, julgar improcedente a ação proposta.

É o relatório.

ISTO POSTO:

PRELIMINARMENTE.

DO CONHECIMENTO DOS RECURSOS.

Hábil e tempestivamente interposto o recurso ordinário do reclamado, impõe-se o conhecimento desse apelo.

Por outro lado, ao contrário do que sustenta o reclamado, em suas contra-razões (v. fl. 378), o prazo recursal para o sindicato- autor não se iniciou em 01.09.2003, em face da nota de expediente publicada no dia 08.07.2003 (v. fl. 329) e da greve dos servidores do judiciário federal que suspendeu os

prazos processuais, encerrada no dia 29.08.03 (v. fl. 357). Sobre a greve e os prazos processuais, o recorrido não se atentou para o disposto na Portaria 067 da Corregedoria deste Tribunal Regional, de 29 de agosto de 2003, em especial para o artigo 2º, que a seguir se transcreve, por oportuno:

Determinar que, nas unidades judiciárias em que interrompidos ou suspensos os prazos processuais, por ato normativo do juízo respectivo, sua devolução na hipótese de interrupção -, ou o reinício de sua fluência, pelo que sobejar na hipótese de suspensão -, na conformidade das portarias reguladoras, faça-se mediante intimação das partes, a ser efetuada pela Secretaria da Vara do Trabalho e pelos Assistentes- Chefes dos Postos, que também certificarão nos autos a ocorrência do movimento e o período abrangido, para aquele efeito, com ressalva dos processos em que já praticado o ato processual, ou em que a providência já tenha sido adotada pelo Juízo.

Interposto pelo Sindicato- autor o recurso ordinário das fls. 364/371 em 22.09.2003, apenas seis dias após a carga dos autos em 16.09.2003 (v. fl. 358), tem-se como tempestivo tal recurso.

Destaca-se que embora a Vara de origem não tenha observado o disposto na Portaria 067/2003, renovando a notificação da fl. 329 a fim de devolver à parte o prazo para recorrer, a carga do processo em 16.09.2003 (v. fl. 358) proporcionou o atingimento desta finalidade, o que afasta qualquer hipótese de prejuízo à parte e eventual irregularidade (v. art. 244 do CPC).

Considerando-se o disposto na Portaria 067/2003 da Corregedoria deste Tribunal Regional, e que o recurso ordinário do sindicato- autor foi interposto dentro do prazo iniciado com a carga do processo procedida em 16.09.2003 (v. fl. 358), impõe-se o conhecimento desse apelo, e a rejeição da prefacial de intempestividade do recurso do sindicato- autor invocada em contra- razões.

Resta prejudicada, portanto, a desistência do recurso ordinário do reclamado formulada à fl. 378, eis que condicionada ao recebimento do recurso ordinário do sindicato- autor como recurso adesivo.

II NO MÉRITO.

DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO.

1. DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.

O reclamado busca reformar a decisão de origem que reconheceu a legitimidade ativa do sindicato para ajuizar a presente demanda. Assevera, em síntese, que não tendo a presente ação a pretensão de vindicar o cumprimento de cláusulas constantes em normas coletivas, não versando sobre adicional de periculosidade e insalubridade, não tratando de reajustes salariais específicos resultantes de lei de política salarial, há que ser extinta, sem julgamento do mérito a presente ação.

Invoca o entendimento jurisprudencial contido na Súmula 310 do C. TST.

Nos termos do inciso III do art. 8º da CF/88, ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Observa-se que a norma constitucional acima assegura a substituição processual aos sindicatos profissionais para defender os interesses grupais ou coletivos, como refere Dárcio Guimarães de Andrade (LTr 63-10/1324), ou coletivos e individuais homogêneos, como preconiza Nelson Nery Júnior (LTr 64-02/151). Indubitavelmente trata-se do Direito à substituição processual, que consiste no poder que a Constituição conferiu aos sindicatos de ingressar em juízo na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais da categoria. (Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, Editora Melhoramentos, 1993, 9ª edição, pág. 274).

Com o oportuno e adequado cancelamento da Súmula 310 do C. TST (Resolução nº 119 do Tribunal Pleno do C. TST, DJ de 01.10.03), que consignava interpretação restritiva à norma constitucional contida no inciso III do art. 8º da Carta Magna, e portanto distorcia um tanto quanto a substituição processual pretendida pelo legislador constituinte originário, revigora-se o entendimento de que os sindicatos têm legitimidade ampla e irrestrita para atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria profissional representada.

Nesse sentido já vinha se manifestando o STF, contrariamente à referida Súmula nº 310 do C. TST, conforme se infere do trecho do acórdão que a seguir se transcreve:

Sindicato de servidores federais, em uma unidade da Federação, que vindica igualdade de vencimentos para certa categoria funcional, tendo em conta os vencimentos de outra categoria funcional. Legitimidade ativa do sindicato requerente. Constituição, art. 8º, III. Embora legitimado o suplicante, o mandado de injunção, no caso, não pode ser conhecido, por não ser via adequada a vindicar isonomia de vencimentos, que são fixados em lei (STF, Tribunal Pleno, MI 3475/400, J. 7-5-1993, Rel. Min. Néri da Silveira, LTr, 58-09/1057.)

A legitimidade para causa está intimamente ligada ao direito de ação, referindo-se à determinada demanda. Desse modo, uma pessoa detém legitimidade ativa se for titular do direito postulado. Consoante o art. 3º do CPC, a regra consiste em que somente o titular de um direito pode discutí-lo em juízo.

Giuseppe Chiovenda ensina que legitimidade para a causa é a [...] identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação ativa) [...] (aut. cit., in Instituições de Direito Processual Civil, 1º Volume, Saraiva, 1969, pág. 178).

A lei excepciona esse princípio, ao dispor, no artigo 6º do Código de Processo Civil, que alguém só poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio se autorizado por lei. É o que se denomina legitimação extraordinária ou anômala, ou substituição processual.

A circunstância de o sindicato postular o cumprimento de cláusula prevista em convenção coletiva nos leva ao artigo 872, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. Nessa situação, o legislador permitiu sua atuação independentemente da outorga de poderes de seus associados, concedendo, portanto, o status de substituto processual.

No caso concreto, portanto, onde o sindicato profissional ajuizou ação buscando a declaração de nulidade de norma regulamentar no que se refere ao monitoramento e auditoria das estações de trabalhos, mensagens e arquivos eletrônicos, configura-se a hipótese jurídica da substituição processual, motivo pelo qual não há como ser acolhida a tese de ilegitimidade da parte do sindicato autor para representar judicialmente os membros da categoria profissional.

O acórdão em que foi relator o Juiz Antônio Salgado Martins, prolatado no Processo nº 7529/89 RO, publicado na Revista HS nº 92, de agosto de 1991, pág. 42, é esclarecedor, de modo que se adotam seus fundamentos, concessa venia, como razões de decidir no presente processo:

Legitimidade ativa ad causam. Arguição de carência de ação que se rejeita. A ampla faculdade de substituição pelo sindicato, tanto no que tange aos interesses e direitos de seus associados, quanto no que pertine àqueles dos demais integrantes da categoria, não sujeita a limites em razão da matéria objeto da pretensão, eis a melhor interpretação do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, combinado com o art. 5º, inciso XXI, da mesma Carta, e que se coaduna com os critérios histórico, gramatical e sistemático da exegese da norma constitucional. Interpretação que encontra, ainda, expressão nas Leis nº 7.788/89 e 8073/90, a dirimirem dúvidas porventura existentes quanto às possibilidades de substituição processual pela entidade coletiva após outubro de 1988.

Por fim, destaca-se que o art. 3º da Lei 8.073/90 assegura às entidades sindicais a possibilidade de atuarem como substitutos processuais dos integrantes da categoria. Em face dessa norma, que permanece em plena vigência, não há dúvidas de que a substituição processual é ampla e irrestrita, observada, a natureza homogênea do direito pretendido, assim entendidos os direitos individuais, divisíveis e cujos titulares são determinados, mas que podem ser defendidos de forma coletiva, como ocorre no caso concreto.

Wagner D. Giglio, ao examinar a norma em destaque, conclui magistralmente sobre a extensão do direito à substituição processual das entidades sindicais:

Assim sendo, a lei deve ser considerada de maneira abrangente, ampla e irrestrita, autorizando o sindicato a atuar como

substituto processual dos integrantes da categoria em qualquer tipo de ação, com uma única exceção: os dissídios coletivos. Nestes, os sindicatos não atuam na defesa dos direitos dos integrantes da categoria (mesmo porque direitos ainda não existem, mas têm sua criação reivindicada através das ações coletivas), e sim na defesa dos interesses da categoria, que não se identificam nem se confundem com os de seus integrantes. (aut. cit., in Direito Processual do Trabalho, Editora Saraiva, 10ª Edição, 1997, pág. 113).

Nega-se, portanto, provimento ao apelo.

2. DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA EXPRESSÃO RESPONSABILIDADE DO TERMO A QUE SE REFERE O ITEM 4/1 DA DECISÃO DE DIRETORIA 068/2002.

O reclamado insurge-se contra a decisão de origem no que concerne à matéria titulada sustentando que, tendo a r. sentença ratificado a validade e eficácia integral da decisão da diretoria impugnada, da qual não decorreria qualquer afronta aos direitos e garantias fundamentais dos empregados da reclamada por ela abrangidos, não há por que declarar a nulidade do Termo de Responsabilidade, ou da expressão responsabilidade do termo.

Inicialmente, faz-se necessária a análise acerca da licitude ou validade da Decisão de Diretoria DE 068/2002 editada pelo reclamado a fim de regulamentar o uso de Estações de Trabalho, Programas de Computador/software e Serviços de Correio Eletrônico e Intranet/Internet, no ambiente do Serpro (v. fl. 17). Após tal análise é possível verificar-se a nulidade, ou não, da expressão responsabilidade no termo anexo a tal Decisão de Diretoria.

O sindicato- autor reconhece que o reclamado tem o direito e mesmo o dever de rastrear as mensagens e arquivos recebidos ou enviados por seus empregados por meio dos terminais de computador da empresa, sempre que houver indício de mau uso (v. fls. 191 e 321), inclusive o direito do empregador e proprietário desses equipamentos de punir aqueles que eventualmente deixem de usar de forma adequada tais meios (v. fl. 363 das contra-razões). Tal direito decorre do poder geral de direção investido ao empregador, nos termos do que dispõe o art. 2º da CLT.

O reclamado é empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda, sendo responsável por grande parte do processamento de dados da União, prestando serviços à Receita Federal e ao Governo Federal, como reconhece o sindicato- autor desde a inicial (v. fl. 07). Evidencia-se a posição estratégica do reclamado dentro do Poder Público Federal, pois processa informações que exigem uma segurança elevada no seu sistema de informática, o que justifica uma regulamentação do uso dos terminais de computador disponibilizados aos seus funcionários para a execução de sua atividade- fim.

Notoriamente o mau uso, pelos empregados, dos terminais de computador disponibilizados pelo empregador, especialmente no caso do reclamado que utiliza rede de computadores

interligados, além de acesso à Internet, pode provocar lentidão do sistema, com a sobrecarga de arquivos de fotos e vídeos, motivar punições legais à empresa pela eventual utilização de programas piratas, além de causar contaminação do sistema com vírus de computador inoculado por mensagens recebidas por seus funcionários. Por tais motivos, além da referida posição estratégica do reclamado dentro do Poder Público Federal, justifica-se uma maior cautela no uso do sistema de computadores da empresa por parte de seus funcionários, assim como na regulamentação nos moldes da Decisão de Diretoria 068/2002 (v. fl. 17).

A referida DE 068/2002 regulamenta a utilização das estações de trabalho, assim entendidas como o computador pessoal projetado para ser usado em uma mesa de trabalho ou por meio de notebook (v. Anexo 1 - Definições), o acesso ao correio eletrônico, o acesso à internet, a utilização de programas de computadores, assim como a utilização indevida desses instrumentos de trabalho (v. fl. 17). Tal decisão prevê o monitoramento e a auditoria na utilização das Estações de Trabalho, de programas de computador, e dos serviços de correio eletrônico, fiscalizando o conteúdo das mensagens transmitidas e recebidas, arquivos residentes em servidores, estações de trabalho, equipamentos de rede e afins, programas de computador e bases específicas de controle (v. item 3.1.7.1. - fls. 2 e 3 da DE 068/2002)

Dos procedimentos expostos em tal regulamentação, não se observa qualquer previsão que possibilitasse a invasão ou intromissão na esfera íntima dos funcionários da empresa, sequer limitação no exercício do direito à liberdade de expressão, crítica ou reflexão sobre eventual condição de trabalho, que caracterizasse o abuso do poder de controle do empregador. Não se constata também qualquer ingerência do reclamado na atividade do seu empregado que configurasse a hipótese de aviltamento dos direitos fundamentais do cidadão, mas sim, uma preocupação em preservar a privacidade do seu funcionário.

O item 3.1.6.3 da regulamentação em destaque prevê o Regime de Privacidade, que garante aos seus empregados o uso de correio eletrônico e pessoal a Internet com absoluta privacidade pela disponibilização de Estação de Trabalho (Estações Livres) em local público e ambiente reservado, através da linha discada e não conectada à rede da Empresa. No item 3.1.6.4, estabeleceu-se que absoluta privacidade, corresponde à garantia formal de não-monitoramento dos conteúdos de mensagem por agente mandatário da Empresa, para fins de vigilância corporativa, por intermédio de Estações Livres, excluída, contudo, qualquer garantia de acesso indevido ou invasão não autorizada, por ato de terceiros de má fé, sendo, o empregado, responsável exclusivo pela segurança e confiabilidade do provedor ou dos canais de acesso pelos quais optar (v. fl. 17). O documento da fl. 105, correspondente a informe interno do reclamado de 30.07.2002, revela a disposição da empresa em implantar as denominadas Estações Livres, o que ainda não teria sido possível, até então, apenas nas cidades de Belém, Fortaleza e Porto Alegre.

Assim, como bem concluiu o Juízo de origem, em face do reclamado trabalhar com grande quantidade de informações que devem ser mantidas íntegras e com sigilo, é razoável a sua preocupação com a utilização da rede e programas de computador, e adequada a regulamentação do uso dos seus terminais de computador por seus empregados, o que afasta a pretendida declaração de nulidade da DE 068/2002 (v. fl. 327). Nesse aspecto, também não há que se falar em alteração lesiva do contrato de trabalho, afastando-se da hipótese de violação às normas contidas no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, e artigos 9º e 468 da CLT, e de contrariedade ao entendimento jurisprudencial contido na Súmula 51 do C. TST.

Nesse sentido vêm decidindo os Tribunais do Trabalho, como se observa da ementa que a seguir se transcreve, juntada aos autos pelo reclamado à fl. 149:

Justa Causa. E-mail. Prova Produzida por Meio Ilícito. Não-Ocorrência. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta. (TRT da 10ª Região - 3ª Turma - RO 0504/2002, Juíza-Relatora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, 26.06.2002).

Quanto à expressão responsabilidade, contida no Termo anexo à DE 068/2002, data venia o entendimento de origem, não há por que ser excluída. Observa-se do referido termo que se limita à mera ciência dos empregados dos termos da Decisão de Diretoria acerca do uso profissional das Estações de Trabalho e responsabilidades decorrentes do cumprimento do contrato de trabalho (v. fl. 12 da DE 068/2002).

Como bem apontou o Ministério Público do Trabalho em seu parecer, o Termo de Responsabilidade tem efeito didático de relembrar o trabalhador da obrigação de usar adequadamente o equipamento de trabalho, alertando-o claramente para não usar e não permitir que usem seu correio eletrônico para mensagens desviadas das tarefas funcionais, ou para acesso a páginas da internet impróprias, de forma a evidenciar eventual descumprimento futuro dos deveres do empregado, ensejando possível punição (v. fl. 404).

De qualquer forma, as normas em destaque, já alcançaram a devida publicidade a todos os seus empregados com acesso aos terminais de computador, uma vez que disponibilizadas no sistema intranet da Serpro, juntamente com pesquisa que

buscava a opinião de seus empregados sobre o conteúdo de tais normas, possibilitando-lhes a sugestão para retirada ou nova redação para qualquer item (v. fl. 109). Tal procedimento da empresa é louvável, e reforça a conclusão acerca da efetiva preocupação com a segurança e bom funcionamento dos seus sistemas de informação, com a privacidade do trabalhador e a preservação de seus direitos fundamentais. Além disso, com a consulta feita pela empresa aos seus empregados acerca do conteúdo das normas da DE 068/2002, possibilitando-lhes inclusive a mudança de redação e eventual supressão de determinado item, atribui as tais normas caráter bilateral de modo a inserirem-se no contrato de trabalho, típico contrato sinalagmático e comutativo.

A atitude ética do reclamado, por sua vez, permitindo o acesso livre de seus funcionários a computadores e a ampla discussão com seus funcionários sobre a regulamentação acerca do uso dos equipamentos de informática, a fim de preservar a segurança do seu sistema de informações, atividade-fim da empresa, dispensa qualquer ressalva ou restrição, e reforça a conclusão sobre a legalidade da exigência quanto ao termo de responsabilidade de seus empregados.

Dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamado para, reformando a decisão de origem, julgar improcedente a ação e cassar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

DO RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO-AUTOR.

DA ALEGADA ALTERAÇÃO LESIVA DO CONTRATO DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE.

Conforme exposto no recurso do reclamado, em face da empresa demandada trabalhar com grande quantidade de informações que devem ser mantidas íntegras e com sigilo, não há qualquer reparo ao procedimento do reclamado em regulamentar o uso dos equipamentos de informática por seus empregados nos termos da DE 068/2002, o que afasta a pretendida declaração de nulidade desta normatização.

Para que não restem dúvidas, repete-se que a DE 068/2002 não configura qualquer alteração lesiva do contrato de trabalho, afastando-se das hipóteses de violação às normas contidas no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, e artigos 9º e 468 da CLT, e de contrariedade ao entendimento jurisprudencial contido na Súmula 51 do C. TST.

Nega-se provimento.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, à unanimidade de votos, rejeitar a prefacial de intempestividade do recurso do sindicato- autor invocada em contra-razões. No mérito, à unanimidade de votos, dar provimento ao recurso ordinário do reclamado para, reformando a decisão de origem, julgar improcedente a ação e cassar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. À unanimidade de votos, ainda, negar

provimento ao recurso ordinário do sindicato- autor. Intimem-
se.

Porto Alegre, 25 de agosto de 2004.

JOÃO GHISLENI FILHO - Juiz- Relator

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

ANEXO E – ACÓRDÃO Nº: 20050881099 (PROCESSO Nº: 02771- 2003- 262- 02- 00- 4)

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO DATA DE JULGAMENTO: 01/12/2005

RELATOR(A): PLINIO BOLIVAR DE ALMEIDA

ACÓRDÃO Nº: 20050881099

PROCESSO Nº: 02771- 2003- 262- 02- 00- 4

ANO: 2005

TURMA: 1ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/01/2006

RECURSO ORDINÁRIO DA 02ª VT DE DIADEMA.

RECORRENTE: KENPACK SOLUÇÕES EM EMBALAGENS LTDA.

RECORRIDO: MICHELI GALARDI DE MENESES.

EMENTA: "Não se constitui prova fraudulenta e violação de sigilo de correspondência o monitoramento pelo empregador dos computadores da empresa. E-mail enviado a empregado no computador do empregador e relativo a interesses comerciais da empresa não pode ser considerado correspondência pessoal. Entre o interesse privado e o coletivo de se privilegiar o segundo. Limites razoáveis do entendimento do direito ao sigilo. Apelo provido. "

R E L A T Ó R I O

Inconformada com a r. sentença de fls. 140/142 que julgou **procedente** a reclamação trabalhista recorre a Reclamada pela via ordinária às fls. 147/163, sustentando que a r. sentença deva ser reformada e reconhecida a justa causa para a rescisão. E indeferido as verbas rescisórias, a multa por atraso no pagamento, a expedição de ofício ao Ministério Público, tendo em vista não haver qualquer irregularidade para que haja a intervenção deste.

Feito instruído, conforme ata de fls. 60/62, com depoimento pessoal da Reclamante e de duas testemunhas, uma convidada pela Autora e outra pela Ré. Encerrada instrução processual. Juntados documentos com a inicial e com a defesa.

Custas processuais e depósito recursal pela Reclamada, comprovado seu recolhimento às fls. 164/167. Prazo e valores corretos.

Tempestividade das razões do recurso, também observada.

Regularmente intimada a Reclamante apresentou contra-razões às fls. 170/173 a tempo e modo.

Procuração acostada às fls. 07 pelo Autor e fls. 144 pela Ré.

Dispensada remessa dos autos ao douto Ministério Público do Trabalho para atuação como *custus legis*, por não configuradas nenhuma das hipóteses do Provimento 01/2005 da CGJT.

É o relatório do necessário.

CONHECIMENTO

Conheço do recurso. Bem feito e aviado preenchendo, assim, os pressupostos de admissibilidade.

V O T O

Dou provimento ao apelo da Reclamada.

A uma, é meu entendimento que a correspondência não particular, referente aos negócios do empregador e dirigida aos funcionários da empresa pertence, também, à própria empresa. É seu direito-dever manter vigilância sobre tudo o que acontece no local de trabalho. Até porque poderá responder por eventuais ações de seus empregados e que atinjam terceiros. E qualquer que seja a forma de comunicação. Correspondência particular é aquela dirigida ao empregado – e não à empresa – e tenha como conteúdo assuntos que somente dizem respeito aos missivistas. O que não é, certamente, a hipótese do presente processo.

A duas, os meios modernos de comunicação, fax, e-mails e outros, usados de forma errada podem ocasionar graves danos. E têm a qualidade de rápida propagação da comunicação. Diversas listas de internet já foram processadas, até mesmo pelo Ministério Público, tendo-se em consideração ofensas ou proselitismo criminoso. O direito à privacidade e ao sigilo não pode ser exercido contra a sociedade. Ou por uns indivíduos contra outros. Até porque a internet é pública e permite vazamento, provocado ou ocasional, de seu conteúdo. Não se pode afirmar taxativamente que exista segurança absoluta de sigilo nesse moderno e eficiente meio de comunicação. Ademais é cediço na doutrina e na jurisprudência que o empregador pode vigiar, impedir e punir as atitudes inconvenientes, como ofensas, sites pornográficos, ameaças, etc., provenientes do uso indevido dos computadores por seus empregados. E se confere esse direito de vigiar porque que existe o conflito de dois interesses. O individual e o coletivo. E entendo que nesses casos o coletivo tem de ser privilegiado.

O caso em espécie é de descoberta acidental pelo empregador que a Autora cometera falta gravíssima, contrariando expresso dispositivo do contrato de trabalho, avençado por escrito, e repassava segredos comerciais da Reclamada para empresa concorrente. A testemunha da Reclamada presenciou a chegada de um fax suspeito, interpelou a Autora que se recusou a responder, e, então, xerocopiou o documento e o submeteu aos superiores. A Reclamada providenciou a abertura do computador de sua propriedade e que era de uso de outro funcionário, que se demitira da empresa, e comprovou a comunicação e entrega de segredos comerciais pela Autora a esse não mais empregado. Estabeleceu-se, fartamente, o conluio entre os dois em prejuízo da Reclamada. Autorizada pela quebra de confiança a Ré considerou justificada a demissão. E de fato o foi. O computador era da Reclamada e de uso exclusivo para os seus negócios. As informações obtidas eram relativas aos negócios

da empresa. Não foi usado qualquer meio próprio, ou violento para a obtenção das provas que incriminavam a Reclamante. Apenas foi aberto o computador devolvido por força da demissão do outro participante na ação. Nada, pois, que autorizasse, como entende a r. decisão que reformo, estar a Reclamada agindo de forma ilícita. E nem aética. Muito menos quebrado o sigilo legal da correspondência pessoal da Autora. Na exuberância da fundamentação teríamos que a quebra do sigilo empresarial somente pode se dar com autorização judicial. Mas, não é o fato. Não existe quebra de sigilo porque o assunto era comum ao empregador e ao empregado. Com o raciocínio do absurdo, na suspeita de disparatada ação de um seu empregado, não poderia a empresa prevenir e evitar uma ocorrência séria, como agressão ou morte praticada por ação desatinada. A Reclamante era uma funcionária diferenciada. Como assistente de importação e exportação detinha conhecimentos de segredos estratégicos e táticos da empresa. E tinha compromisso expresso de sigilo. E de tanto não se preocupou ao ceder, sem permissão, os dados que dispunha em razão do cargo ocupado.

A r. decisão que reformo não considera que os fatos alegados em defesa não são verdadeiros. Apenas afirma que as provas foram obtidas com flagrante desrespeito ao comando constitucional que protege o sigilo das comunicações. Assim, o desfecho da lide está circunscrito a se decidir se o empregador pode, ou não, utilizar a **correspondência negocial**, não a privada, **existentes no local** de trabalho, na defesa de seus interesses. E se a abertura de um computador da empresa se constitui em quebra de sigilo de correspondência. Entendo que pode ser usado e que não se constitui quebra de sigilo. Até porque a rigor, tanto o computador como os assuntos nele armazenados eram de propriedade da Reclamada.

DISPOSITIVO

Com os fundamentos supra dou provimento ao apelo da Reclamada para considerar justa a demissão tendo em vista a gravidade da falta cometida pela Reclamante, agravado com a responsabilidade decorrente do alto cargo que ocupava. E julgo totalmente improcedente a ação.

Custas em reversão pela Autora, no valor já determinado.

É o meu voto.

P. BOLÍVAR DE ALMEIDA

Juiz Relator

ANEXO F – Processo: 00697- 2005- 801- 10- 00- 9 RO

Processo: 00697- 2005- 801- 10- 00- 9 RO
(Ac. 1ª Turma)
Origem: 1ª VARA DO TRABALHO DE PALMAS/TO
Juiz(a) da Sentença: SUZIDARLY RIBEIRO TEIXEIRA FERNANDES
Juiz(a) Relator: MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES
Juiz(a) Revisor: CILENE FERREIRA AMARO SANTOS
Julgado em: 08/02/2006
Publicado em: 17/02/2006
Recorrente: Esli Pinto Chagas
Advogado: Reges Henrique Pallaoro
Recorrente: SANEATINS - Cia de Saneamento do Tocantins
Advogado: Luciana Cordeiro Cavalcante Cerqueira
Recorrido: Os mesmos

Acórdão do(a) Exmo(a) Juiz(a) MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES
EMENTA

EMPREGADO ESTÁVEL. DISPENSA.

NULIDADE. "Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar"(Súmula nº 77/TST)Furtando-se a reclamada ao cumprimento de formalidade que instituiu espontaneamente via regulamento disciplinar, segundo o qual a dispensa do empregado estável deve ser precedida de instalação de comissão de sindicância, resta eivado de nulidade o ato de resolução do contrato de trabalho. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O dano causado aos bens imateriais do indivíduo, consoante majoritária corrente doutrinária, prescinde de prova, pois este se encontra in re ipsa, o que significa dizer que a dor moral se prova por si mesma. O que se impõe ficar evidenciado é o fato causador do dano. Indemonstrado que a dispensa por justa causa tenha ocasionado gravame à imagem do autor, bem como que os fatos a ele imputados tenham tido repercussão no âmbito da reclamada, incabível é a indenização postulada.

RELATÓRIO

A instância originária, por meio da r. sentença de fls. 286/293 da lavra da Exma. Juíza Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes, pronunciou a prescrição das parcelas anteriores a 27/06/2000 e julgou procedentes em parte as demais postulações deduzidas à exordial, condenando a reclamada a reintegrar o reclamante ao emprego, nos termos do parágrafo único do art. 165/CLT, com salários do período de afastamento, horas extraordinárias e reflexos.

A reclamada interpõe recurso ordinário às fls. 295/310, insurgindo-se contra o reconhecimento da nulidade da rescisão contratual, bem como quanto à condenação em horas extras.

O reclamante manifesta recurso ordinário às fls. 316/321, pretendendo o deferimento da indenização por danos morais e da multa por litigância de má-fé.

Depósito recursal e custas processuais comprovados às fls. 311/313.

Contra-razões ofertadas pela reclamada às fls. 324/332 e pelo reclamante às fls. 333/339.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho (art. 102, Reg. Interno).

É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Não conheço do requerimento de aplicação da multa por litigância de má-fé ao reclamante, formulado ao final das razões de contrariedade da reclamada, por destituído de fundamentação.

2. Mérito

2.1. Recurso da reclamada

2.1.1. Rescisão contratual. Nulidade

Denunciou o reclamante, na inicial, admissão em 28/03/2000, na função de operador de computador, com dispensa por justa causa em 29/03/2005. Afirmando ser detentor de estabilidade provisória, já que eleito como membro da CIPA, imputou de fraudulenta a justa causa que lhe foi aplicada. Para tanto, asseverou que na data de 28.03.2005 recebeu aviso prévio consignando dispensa "sem justa causa", porém, no dia seguinte, foi-lhe solicitado a devolução do documento, quando então recebeu aviso prévio diverso, constando incursão na alínea "h" do art. 482 da CLT c/c anexo II do Regulamento Disciplinar da empresa.

Sustentando a ocorrência de perdão tácito, bem como inobservância do normativo interno da companhia, pretendeu a nulidade do ato de rescisão contratual.

Em contestação, a reclamada aduziu que a emissão do aviso prévio por dispensa imotivada não caracteriza perdão tácito, já que se deu por um equívoco da divisão de pessoal, de pronto corrigido, bem como porque "não refletia a real decisão e vontade da empresa, que sempre foi pela dispensa por justa causa" do autor (fls. 79/80). Disse que o ato de rescisão contratual fulcrou-se em ato de indisciplina/insubordinação, visto que o reclamante descumpriu o Memorando Circular nº 007/2002, o qual **franquia aos empregados apenas 15 minutos diários de acesso particular via internet, vedando conexão a sites de conteúdos pornográficos e instalação de programas e arquivos estranhos ao trabalho**. Narrou que "foram descobertos três setores críticos onde as máquinas ficavam horas a fio conectadas à rede, algumas com uma única senha, o que gerou um relatório para que a gerência de administração providenciasse

uma investigação interna", bem como que "um dos primeiros relatórios a ser analisado foi o referente ao reclamante e este, confrontado por sua chefia sobre a falta, não negou que fez os acessos proibidos, ou excedeu o tempo em conexões de caráter particular, ou baixou programas não autorizados". Disse, ainda, que o reclamante já havia sido advertido "verbalmente" pela mesma falta, tendo tornado a reincidir, não restando outra alternativa à empresa, ante a gravidade da falta, se não a dispensa por justa causa, com espeque no art. 482, "h", da CLT.

A instância primária, ao fundamento de que a reclamada não instituiu comissão de sindicância para a dispensa do empregado estável, a qual se obrigou via Regulamento disciplinar e, entendendo configurado, ainda, o perdão tácito, declarou a nulidade da rescisão contratual, determinando a reintegração do obreiro, com fulcro no parágrafo único do art. 165 da CLT.

No presente recurso a reclamada sustenta que a interpretação conferida pela magistrada ao normativo interno restou equivocada, já que ali inexistente disposição determinando a instalação de comissão de sindicância para todas as espécies de estabilidade, mas apenas como "sugestão ou solicitação" da gerência para os empregados enquadrados na estabilidade decenal do art. 492/CLT. Relativamente à configuração do perdão tácito, sustenta que o que deve ser considerado é o "ânimo do empregador" de dispensar o reclamante por justa causa, e não o equívoco cometido pelo departamento de pessoal.

Compulsando o Regulamento Disciplinar da Saneatins, aprovado em 02/02/99 - RD 010/99, no tópico destinado à Competência das Gerências, tem-se que constitui competência das gerências imediatas do empregado infrator:

"Aplicar as penalidades disciplinares de acordo com a tabela de penalidades, anexo I: advertência verbal; advertência escrita; suspensão de até 30 (trinta) dias, com formalização.

Omissis.

Solicitar/sugerir a instância superior, até ao Diretor Presidente: Demissão por justa causa ou por conveniência administrativa de empregado não estável; Instituição de comissão de sindicância para demissão de empregado estável" (fls. 38/39).

Quanto à competência do Presidente da Companhia, o citado normativo estipula as seguintes atribuições:

"Omissis.

Autorizar a solicitação de abertura de inquérito policial ou ajuizamento de inquérito, quando necessário.

Criar Comissão de Sindicância, quando necessário.

Formalizar ou aplicar penalidades em geral, inclusive demissão de empregado não estável, por justa causa e/ou por conveniência administrativa de acordo com o trâmite processual; Omissis".

Do cotejo das referidas disposições, conclui-se que as gerências não detêm competência para aplicar penalidade de demissão aos empregados, restringindo-se a "solicitar" ou "sugerir", sendo que este ato constitui atribuição exclusiva do Presidente.

Dentre as competências da gerência, inclui-se, ainda, a sugestão ou solicitação de "Instituição de comissão de sindicância para demissão de empregado estável" e no âmbito das competências do Presidente da empresa, insere-se apenas formalizar a demissão de "empregado não estável, por justa causa e/ou por conveniência administrativa de acordo com o trâmite processual".

Conjugando-se as duas disposições, tem-se que, de fato, a reclamada instituiu a obrigatoriedade de instalação de sindicância para a dispensa do empregado estável, não conferindo sequer ao seu presidente competência para dispensar tal modalidade de trabalhador.

Urge salientar que, nesse ponto, não faz o citado regulamento qualquer distinção entre estabilidades provisórias ou definitivas, limitando-se a aludir a "empregado estável", daí porque não se pode dar guarida a tese recursal de que o normativo interno quis se referir à estabilidade decenal do art. 492 da CLT.

Nesse contexto, estando o reclamante amparado por garantia de emprego (art. 10, II, "a", do ADCT), fato incontroverso nos autos, ao tempo da sua dispensa pela prática de conduta elencada como justa causa, indiscutível que a rescisão contratual somente se validaria mediante a apuração em comissão de sindicância, à qual se obrigou a empresa.

Nesse trilhar, a Súmula 77 do col. TST, verbis:

"PUNIÇÃO. Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar".

Furtando-se ao cumprimento de formalidade que instituiu espontaneamente, resta eivado de nulidade o ato de resolução contratual.

Ainda que se perfilhasse outro posicionamento, restou inequívoco nos autos o exercício indevido do poder disciplinar pelo empregador.

Nessa esteira, considerou o juízo originário a configuração do perdão tácito. Malgrado o citado posicionamento, tenho que a hipótese não é a de perdão tácito, mas de caracterização de bis in idem. Vejamos.

Efetivamente, o documento de fl. 28 evidencia que a reclamada concedeu aviso prévio ao empregado em 28/03/2005, consignando como motivo de desligamento "dispensa sem justa causa". Já o documento de fl. 29 demonstra que, no dia seguinte, o reclamante recebeu aviso prévio diverso, desta feita consignando a rescisão contratual com fulcro na alínea "h" do art. 482/CLT.

A reclamada acenou com a tese de equívoco da divisão de pessoal na emissão do primeiro documento, contudo, desacompanhada de qualquer meio probatório, não saiu do campo das alegações.

Ocorre que o perdão tácito, gerado normalmente pela ausência de imediatidade, requisito essencial à atuação disciplinar do empregador, concerne na não aplicação de penalidade ao empregado, em lapso temporal razoável que se conta a partir da ciência da falta do obreiro.

Na espécie, pela falta cometida o empregador decidiu extinguir o contrato de trabalho sob a modalidade de dispensa injustificada. Vale dizer, exerceu o seu poder disciplinar, ainda que não impondo a rescisão contratual motivada.

A circunstância de, pelo mesmo fato, pretender a reclamada impor a rescisão contratual por justa causa, não representa perdão tácito, pois houve punição anterior. Já subsistindo a imposição de pena singular, pelo mesmo fato, resta configurada a dupla punição, ou melhor, bis in idem, o que é vedado.

Ressalte-se, ainda, a impossibilidade de alteração punitiva pelo empregador, que, ao tomar conhecimento da falta praticada, rescindiu imotivadamente o contrato de trabalho, sendo-lhe vedado, por ato posterior, transmudar o ato para dispensa justificada.

Nesse trilhar, é ilustrativa a doutrina de Maurício Godinho Delgado, verbis:

"Ao critério anterior (singularidade punitiva) associa-se, em geral, o critério da inalteração da punição. Para o Direito do Trabalho a punição perpetrada tem de ser definitiva, não podendo ser modificada. Ilustrativamente, se o empregador aplicou suspensão disciplinar e, em seguida, reavaliando a gravidade da falta cometida, conclui que ela, na verdade, inquestionavelmente justificaria uma ruptura contratual por justa causa obreira, já não mais poderá, validamente, aplicar a pena do art. 482 da CLT, em virtude do critério da inalterabilidade das punições perpetradas.

Evidentemente que o presente critério tem de ser compreendido dentro do conjunto da lógica justralhista. Se a modificação ocorrer com o intuito de favorecer, efetivamente, o obreiro (modificação de uma suspensão contratual punitiva para uma advertência escrita, por exemplo), ela será válida, sem qualquer dúvida" (Curso de direito do trabalho. 2ª ed. págs. 1180/1181).

Finalmente, o poder de aplicar penalidades de que é detentor o empregador, deve obedecer à adequação e à proporcionalidade entre a conduta faltosa e a punição sofrida, o que requer, normalmente, uma seqüência na gradação das punições, exceto quando o ato cometido pelo trabalhador for de natureza grave, que autorize a dispensa imediata.

No caso trazido a lume, o próprio regulamento interno da empresa, em seu anexo I, estabelece graduações punitivas, ao elencar as principais faltas cometidas e as penalidades a serem aplicadas.

Mesmo que se concluísse pela prática da conduta imputada ao reclamante, o que não restou inteiramente delineado nos autos, verifica-se que não houve adequação e proporcionalidade entre a falta e a punição imposta.

Isso porque, compulsando o referido anexo I, tem-se que a conduta supostamente praticada pelo autor identifica-se com a infração elencada no item 8, "dedicar-se a atividades estranhas ao serviço, nas dependências da Companhia", para a qual consta a seguinte graduação punitiva: advertência escrita; suspensão de 01 a 05 dias; suspensão de 06 a 30 dias; demissão.

A reclamada sustentou, em defesa, que empreendeu advertências orais ao empregado, fato que não logrou demonstrar por qualquer meio de prova.

Dessa forma, não observada a graduação punitiva, a aplicação sumária da pena de demissão restou excessiva.

Em sendo assim, sob qualquer ângulo que se analise a celeuma, qual seja, inobservância da instalação de sindicância para a dispensa por justa causa, configuração de dupla penalização do empregado ou ausência de adequação e proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição aplicada, torna-se irreparável a r. decisão primária que considerou a nulidade da rescisão contratual, determinando a reintegração do reclamante, com o pagamento dos salários do período de afastamento.

Nego provimento.

2.1.2. Horas extras

Busca a recorrente a reforma da r. sentença no tocante à condenação em horas extraordinárias. Aduz que o autor, em depoimento, confirmou a jornada declinada na contestação, razão pela qual há que se considerar a desistência do aludido pedido, com a conseqüente exclusão da sobrejornada deferida.

O reclamante postulou o pagamento de horas extraordinárias, denunciando cumprir jornada de 7:15 às 18:15 h, com 1:30 h de intervalo, de segunda à sexta-feira, até setembro/2004 e, a partir de outubro/2004, de 7:45 às 18:15 h, com 1:30 h, de segunda à sexta-feira.

Em defesa, a reclamada negou a prestação de horas suplementares, afirmando a submissão do obreiro à jornada de 40 horas semanais, apontando horário de 8 às 12 h e de 14 às 18h, com 2 horas de intervalo. Pontuou que o reclamante estudava à noite até o final do ano de 2002, e que "se ficou alguma vez depois do expediente foi para acessar conteúdos particulares na internet" (fl. 93). Colacionou aos autos os cartões de ponto de fls. 187/135.

Em réplica, o reclamante manifestou concordância com os cartões de ponto registrados mecanicamente e por meio de cartão magnético, impugnando os registrados de forma manual, sustentando a impossibilidade de nesses documentos serem consignados os reais horários de trabalho.

O juízo originário, considerando a veracidade dos registros de ponto, deferiu as horas suplementares excedentes à 40ª semanal, a serem apuradas com base nos horários ali consignados, bem como os reflexos em rsr, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS.

Com efeito, restou incontroverso que o reclamante encontrava-se submetido a uma jornada contratual de 40 horas semanais, laborando de segunda a sexta-feira.

Também é fato que o autor concordou com os cartões de ponto apresentados juntamente com a defesa, impugnando expressamente apenas aqueles que continham registro manual.

Relativamente aos registros horários em que há marcação mecânica e magnética, observa-se que, de fato, não há rigidez nos horários.

Em tais meses, existindo concordância do autor, há que prevalecer os horários neles registrados para efeito de apuração das horas suplementares, tal qual inteligido na origem.

Desarrazoada a alegação recursal de que ao declarar o reclamante laborar 8 horas diárias teria desistido do pedido de horas extras. Inequívoco que o autor, ao declarar em depoimento "que trabalhava durante 8 horas por dia, de segunda a sexta-feira", quis se referir a sua jornada contratual.

Relativamente aos cartões de ponto de fls. 196, 198/200, 202, 207/209, 211/216 e 225/235, que contêm registros invariáveis de horário, entendo incidente o item III da súmula 338 do col. TST, segundo o qual "Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir".

Contudo, em observância à máxima ne reformatio in pejus, deixa-se de aplicar o comando inserto no item III da aludida súmula, mantendo-se a condenação em horas suplementares a serem apuradas, em todo o período, com base nos horários inseridos nas folhas de ponto.

Recurso desprovido.

2.2.Recurso do reclamante

2.2.1. Dano moral

O reclamante postulou o pagamento de indenização por danos morais correspondente aos salários que receberia no período estabilitário, ao argumento de que, ao alterar os documentos da dispensa injusta para justa causa, a empresa "desmoralizou-

o moralmente como membro eleito da CIPA e como pessoa, já que desrespeitado perante seus colegas." (fl. 14) Asseverou, ainda, que, em face do ocorrido, restou impedido de inscrever-se em certame público para o cargo de agente penitenciário do Estado do Tocantins, haja vista que conforme o edital 01/2005 de 19/05/2005 constituía requisito para participar do processo seletivo "não haver sido demitido de emprego por justa causa".

Em defesa, a reclamada rechaçou a alegativa de sofrimento moral do reclamante, afirmando que não conferiu qualquer publicidade à causa que ensejou a dispensa, tampouco divulgou os relatórios que detalhavam os sites acessados pelo empregado, agindo, assim, "na mais absoluta legalidade e com toda a prudência e discricção exigidas pelo caso" (fl. 97).

A instância percorrida, ao fundamento de que não restou demonstrado intuito de lesionar o trabalhador, tampouco abuso de direito capaz de ensejar reparação por prejuízo moral, julgou improcedente o pedido. Entendeu, ainda, não comprovada a existência do referido concurso público, bem como a assertiva obreira de que restou impedido de inscrever-se em função da dispensa por justa causa.

Em sede recursal pretende o reclamante a reforma do julgado, forte no argumento de que a sua imagem restou maculada pela mera aplicação da justa causa e não em razão da divulgação do motivo em que se fundou. Pontua, ainda, que incidente a confissão no tocante ao sustentado impedimento para a inscrição em certame público para o cargo de agente penitenciário, eis que a reclamada não contestou tal afirmação.

O legislador constituinte erigiu a reparação por danos morais ao patamar constitucional, dada a sua importância em relação à garantia dos direitos individuais do cidadão, inserta nos incisos V e X do art. 5º da Carta Magna promulgada em 1988.

No plano infraconstitucional, o art. 186 do Código Civil versa que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", tendo o dever de repará-lo.

É certo que o dano causado aos bens imateriais do indivíduo, consoante majoritária corrente doutrinária, prescinde de prova, pois este se encontra in re ipsa, o que significa dizer que a dor moral se prova por si mesma.

Na realidade, o que se impõe ficar evidenciado é o fato causador do dano. Uma vez demonstrado, tem-se por ocorrida a lesão ao acervo extra-patrimonial do indivíduo.

No caso trazido a lume, inexistiu comprovação de que a dispensa por justa causa tenha ocasionado gravame à imagem do autor, tampouco de que os fatos a ele imputados tenham tido repercussão no âmbito da reclamada.

Convém restar nítido que, no presente feito, não se adentrou no mérito da configuração ou não da falta grave imputada ao

empregado, haja vista que a rescisão contratual restou anulada ante a inobservância de requisitos previstos em normativo interno.

Porém, a jurisprudência tem-se afigurado uniforme no sentido de que a dispensa baseada em justa causa, posteriormente descaracterizada em decisão judicial, é insuficiente para ensejar a indenização por danos morais, se não demonstrados excessos cometidos pelo empregador.

É o que se evidencia do seguinte aresto do col. TST, verbis:

"RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Invislumbrável o indigitado dano associado à intimidade, à vida, à honra e à imagem do recorrente, que pudesse ensejar a indenização pelo dano moral, a despeito da demissão por justa causa e a conseqüente indenização dos seus direitos trabalhistas pela sua descaracterização na esfera judicial. É que, segundo o Colegiado de origem, o recorrente não sofrera nenhum tratamento humilhante por parte do empregador, cingindo-se a utilizar moderadamente do poder, que a lei lhe atribui, de resolver o contrato de trabalho, cujo insucesso probatório da falta grave afigura-se absolutamente irrelevante. Tanto mais que a controvérsia ficara restrita à esfera judicial, sem que tenha havido algum tipo de divulgação na imprensa, escrita ou falada, salvo na carta de demissão onde apenas se registrara a tipificação no art. 482 da CLT. Assinale-se, de resto, que a subjetividade de que se reveste a interpretação da conduta reprovável atribuída ao empregado, em função da qual sofrera a aplicação da pena máxima da justa causa, mesmo descaracterizada pela decisão judicial, por si só não autoriza a indenização por dano moral, exaurindo-se no âmbito da reparação prevista na Consolidação das Leis do Trabalho" (TST-RR 620434/2000, Quarta Turma, DJ 27-10-2000, Rel. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen).

Em idêntico sentido caminha a jurisprudência desta egr. Corte, verbis:

"REPARAÇÃO POR DISPENSA POR JUSTA CAUSA. IMPUTAÇÃO DE FATO QUALIFICADO COMO CRIME. DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR. EXCESSOS NÃO COMPROVADOS. No enquadramento do dano moral na esfera trabalhista, mais precisamente relacionado com a dispensa do empregado, é importante salientar que a forma como se operou a despedida não é determinante para o acolhimento do pedido de indenização. A agressão decorrente do dano moral deve ser tal a promover a necessidade de sua reparação, sendo determinante a atuação do empregador, desde que patente o seu interesse em causar prejuízos ao ex-empregado, excedendo-se nas alegações de condutas ilegais ou que venham a desmoralizá-lo, alardeando a grande número de pessoas fatos que desabonassem o comportamento daquele. No caso em exame, não se comprovou a ocorrência de excessos por parte do empregador, que se teria valido do seu direito potestativo para dar fim ao contrato de trabalho mantido com o Autor.

Recurso Ordinário provido para julgar a improcedência do pedido de indenização por dano moral" (TRT10ª Região, RO 01789/2002, 3ª Turma, Rel. Juíza Maria de Assis Calsing).

Também não vislumbro que a substituição dos documentos de aviso prévio, embora irregular, tenha ensejado prejuízos de ordem moral ao reclamante.

Relativamente a tese de que a dispensa por justa causa impediu o empregado de efetuar inscrição em certame público, é de se notar que inexistente prova nos autos da realização do citado processo seletivo, não logrando o reclamante colacionar aos autos sequer o aludido edital nº 01/2005.

Ao contrário do sustentando em sede recursal, verifica-se que a reclamada apresentou contestação ao pedido, consoante se vê à fl. 97, terceiro parágrafo, daquela peça.

Assim, à míngua de prova, irretocável a r. sentença recorrida que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, restando incólumes os dispositivos legais mencionados.

Nego provimento.

2.2.2. Multa por litigância de má-fé

Pugna o recorrente pela reforma do r. julgado que indeferiu o pleito da multa acima epigrafada, repisando a tese exordial de que ao rescindir o seu contrato de trabalho por justa causa a reclamada cometeu ato de "extrema barbárie", alterando os documentos de aviso prévio.

A litigância de má-fé encontra previsão no Código de Processo Civil Brasileiro e concerne estritamente a condutas das partes no processo, requerendo, ainda, a existência de intenção de prejudicar o ex adverso. Diz o art. 17 do CPC:

"Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório".

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, pág. 423, assim definem:

"Litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito".

Em face disso, o art. 18 do CPC prescreve ao litigante de má-fé a obrigação de indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos.

No presente caso, ainda que se entendesse lesiva ao obreiro ou excessiva a conduta da reclamada no ato de rescisão contratual, tais fatos estariam afetos à indenização por danos morais já postulada, vez que inexistiu, nos presentes autos, ação ou omissão da ré capaz de ensejar a imputação da penalidade por litigância de má-fé.

Assim, porquanto não-caracterizada nenhuma das hipóteses traçadas no art. 17 do CPC, não há falar em condenação da reclamada como litigante de má-fé.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço dos recursos, conheço parcialmente das contra-razões da reclamada e, no mérito, nego-lhes provimento, nos termos da fundamentação.

CONCLUSÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAMos Juízes da egr. Primeira Turma do egr.

Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sessão turmária, à vista do contido na certidão de julgamento (à fl. retro), aprovar o relatório, conhecer de ambos os recursos, conhecer parcialmente das contra-razões da reclamada e, no mérito, negar-lhes provimento, nos termos do voto da Juíza Relatora. Ementa aprovada.

Brasília (DF), 8 de fevereiro de 2006.

MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES Juíza Relatora

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

MRMG/Sa