

MYCON CLEMENTE DA SILVA

**A DIMENSÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO
E O PODER DE DIRETIVIDADE DO EMPREGADOR QUANTO AO
CONTROLE DE E-MAIL ELETRÔNICO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

MYCON CLEMENTE DA SILVA

**A DIMENSÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO
E O PODER DE DIRETIVIDADE DO EMPREGADOR QUANTO AO
CONTROLE DE E-MAIL ELETRÔNICO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Marcos Ricardo da Silva Costa.

ANÁPOLIS – 2018

MYCON CLEMENTE DA SILVA

**A DIMENSÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO
E O PODER DE DIRETIVIDADE DO EMPREGADOR QUANTO AO
CONTROLE DE E-MAIL ELETRÔNICO**

Anápolis, _____ de _____ de 2018

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem como principal finalidade um exame da problemática existente entre o direito constitucional à intimidade e o controle de e-mails eletrônicos no âmbito laboral por meio do empregador. Foi elaborada através da pesquisa de doutrinas e fundamentos jurídicos de decisões da Justiça do Trabalho. Está dividida didaticamente em três capítulos. Inicialmente, observou-se o conceito do direito da personalidade, o histórico e suas características. No segundo plano, analisou-se a definição do poder diretivo do empregador, suas características e limites, bem como a concepção de empregado e o vínculo entre esses dois sujeitos. Por fim, verificou-se os aspectos constitucionais e legais sobre o cabimento ou não do monitoramento dos e-mails eletrônicos.

Palavras-chave: Direito à intimidade, Poder diretivo, Monitoramento dos e-mails

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPITULO I – O DIREITO DA PERSONALIDADE	03
1.1 Conceitos gerais	03
1.1.1 Conceito de dignidade da pessoa humana	04
1.1.2 Conceito de direitos fundamentais	05
1.1.3 Conceito de personalidade	06
1.2 A personalidade vista na constituição federal de 1988	08
1.3 A personalidade vista sobre a ótica do direito civil	10
1.4 A personalidade vista sobre a ótica do direito do trabalho	10
CAPITULO II – O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR	14
2.1 Conceito	14
2.2 Características	19
2.3 Limites	22
CAPÍTULO III – O USO DO E-MAIL ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO	27
3.1 Sigilo de correspondência e o e-mail eletrônico	27
3.2 O monitoramento do e-mail do empregado	32
3.3 Decisões Judiciais	36
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

Com advento e o desenvolvimento de novas tecnologias, no período final do século XX, oriundas do avanço da informática e da rede internacional de informação e comunicação, chamada de internet, afetaram de maneira direta ou indireta, as relações sociais e, inclusive, as relações de emprego, uma vez que de forma positiva trouxeram aumento da produtividade, rapidez na prestação de serviços e organização no trabalho.

Tais transformações atingem diretamente o processo de realização do trabalho e modificam a estrutura interna de uma empresa. Estas contribuem para criação de novas formas de prestação laborativas, por exemplo, o teletrabalho e o *home-office*; e novas formas de comunicação, por exemplo, o e-mail eletrônico. Surge então, novos conflitos no Direito do Trabalho, principalmente entre o direito de intimidade dos trabalhadores e o poder diretivo do empregador.

O empregador é detentor do poder de direção da empresa. Através do poder diretivo, o empregador apresenta o condão de organizar o seu negócio, definir os fins econômicos, a estrutura jurídica e, ainda mais, dirigir as atividades dos empregados, ou seja, ele tem o poder fiscalizatório sobre o seu empreendimento.

Da mesma maneira, há a figura do empregado, como sendo a outra parte da relação de emprego, cuja função é um cumprir o disposto no contrato e receber certa quantia acordada por suas atividades, ou seja, o empregado é subordinado ao empregador. Todavia, deve-se preservar a integridade física, psíquica ou mental, intelectual, moral e social. Violados quaisquer direitos da personalidade do

trabalhador, estará sendo violada a sua dignidade.

O direito à intimidade constitui-se espécie do direito da personalidade previsto na Carta Magna de 1988, artigo 5º, inciso X. Os direitos da personalidade, por sua vez, são prerrogativas do sujeito em relação às diversas dimensões de sua própria pessoa. São termos jurídicos e condições fundamentais, os quais o homem goza pela simples razão de existir, de ser, é inerente à sua natureza, tão logo, indisponível, irrenunciável, impenhorável, inalienável, intransmissível, nasce e desaparece com a morte da pessoa. Tem como propósito a guarda das particularidades da personalidade e dignidade da pessoa humana, portanto, subsiste em seu campo de direitos independentemente de seu desejo.

Sobre esta perspectiva esse trabalho visa analisar até que ponto o empregador, com o seu poder diretivo, pode monitorar os e-mails do empregado, tanto o e-mail corporativo quanto o e-mail pessoal, em conflito com o direito à intimidade e à privacidade, que são ramificações dos direitos da personalidade, inerentes ao trabalhador. Todos esses direitos têm previsão na Carta Magna e apresentam a mesma hierarquia normativa. Todavia, o direito precisa acompanhar os avanços citados.

CAPITULO I – O DIREITO DA PERSONALIDADE

Neste capítulo será abordado o conceito de personalidade do indivíduo, cujo direito é inerente a ele, da relação existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, e como a personalidade é encontrada no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Conceitos Gerais

Inicialmente, convém tecer um breve comentário histórico, a respeito da relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, antes de conceituar o direito da personalidade. A doutrina dos direitos dos homens, fomentadora do constitucionalismo atual, tem a gênese na Antiguidade, analisadas sob diversos pontos de vista, um exemplo, na religião, onde o homem era considerado imagem e semelhança de Deus.

Segundo Ingo Sarlet (apud EUGÊNIO JÚNIOR, 2009), no Antigo e Novo Testamento vislumbraram-se um valor característico atribuído ao ser humano não como um objeto ou instrumento, mas algo atrelado ao homem. De acordo com Miranda (2013, p. 460), “na Alemanha do pós-guerra, ganhou impulso a “fórmula do objeto” de Kant, pela qual a pessoa é insubstituível e não tem preço, não podendo ser vista como coisa ou objeto”.

Tais direitos começaram a ter registros escritos, tendo sido iniciados, nas doutrinas francesas, americanas e germânicas, em meados do século XVIII e XIX. Antes disso teve aparição na Magna Carta de 1215, enumerando prerrogativas

asseguradas pelos súditos da monarquia. Estão conexos com a positivação das declarações de direitos, como a Bill of Rights, que surgiu no ano de 1688, na Inglaterra, cujo Parlamento estabeleceu limites ao poder do monarca, nesta ocasião a população passou a ter voz e transformou-a em monarquia constitucional; as Declarações de Direitos da Virgínia (1776), surgem após a Revolução Americana, instaurando um governo democrático; em 1787, a Constituição norte-americana insere uma carta de direitos fundamentais; a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789), na França, manifestou-se de forma distinta das declarações anteriores, estas se preocupavam com as situações particulares, internas, já a francesa, mais abstrata, retratou uma visão universal dos direitos do homem; e na Alemanha, nas reivindicações de liberdade política de 1848 que prosperou somente em 1919 com a Constituição Imperial de Weimar. No entendimento de José Afonso da Silva (2006), em síntese e caráter geral, consagrou os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade, da legalidade e das garantias individuais.

Segundo os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

é neste contexto que se poderá afirmar que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa. (2002, p. 106)

É notória a presença do elemento que faz ligação entre a dignidade e os direitos fundamentais. O homem é o fator singular para que este autor afirme ser *sui generis* esta relação. Nos primórdios, o homem lutou, e de certa forma, luta para conquistar o reconhecimento como pessoa, e não, como objeto, mas para isso foi necessário a positivação, contudo a dignidade é supra positiva e deve ser respeitada.

1.1.1 *Conceito de dignidade da pessoa humana*

Nesse ínterim, após esta análise, convém conceituar dignidade da pessoa humana e conforme nos ensina Alexandre de Moraes, é:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (2005, p. 48)

Tão logo ser uma particularidade tocante ao ser humano, um direito superior, era necessária uma efetivação para um maior alcance e uma maior segurança jurídica; ao longo dessa evolução histórica só tornou-se possível assegurá-la e dar efeitos às suas normas, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, com a inclusão na Constituição, onde procurou uma abrangência maior de proteção e ocasionou num dos princípios basilares e norteadores do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana demonstra uma relação direta com os direitos fundamentais, mesmo que aquela preceda sobre estes.

1.1.2 *Conceito de direitos fundamentais*

Contudo, o que vem a ser direitos fundamentais, na doutrina utiliza-se várias denominações sinônimas como direitos humanos, direitos dos homens, liberdades públicas, entre outras, e, todavia, não existe uma semelhança tão pouco um senso comum no que se refere qual denominação a ser usada.

Segundo Eugênio Hainzenreder Júnior “todas as expressões são questionadas basicamente sob a argumentação de que não traduzem exatamente o que representam, ora sendo por demais específicas, ora extremamente genéricas”. (2009, p. 12)

Para o autor Gomes Canotilho, distinguindo algumas denominações, ele escreve:

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), de caráter inviolável e oriundos da própria natureza humana, enquanto os

direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e no espaço; seriam os direitos objetivamente vigentes em uma determinada ordem jurídica. (2000, p. 387-388)

Percebe-se, na visão do doutrinador português, que os direitos dos homens ultrapassam qualquer fronteira, são universais, e ainda, são atemporais. Já os direitos fundamentais são oriundos dos direitos dos homens institucionalmente protegido pelo estado, atribuindo maior segurança aos dispositivos referentes a estes valores intrinsecamente ligados ao homem.

No mesmo entendimento, distingue tais expressões, o doutrinador José Afonso da Silva, no que concerne:

as expressões direitos do homem e direitos humanos pretendem denominar os direitos referentes à condição do indivíduo enquanto ser humano, ou seja, aqueles direitos válidos em todos os lugares e em todos os tempos; têm como base o direito natural, pelo qual não precisariam ser criados pela ordem jurídica, mas apenas declarados pelo Estado. Todavia, são questionadas pelo fato de excluírem outras espécies de direitos, como os direitos sociais e os direitos econômicos. Acrescente-se a isso o argumento de que, na atualidade, a tendência é cada vez maior de inutilizar a expressão homem para indicar o gênero humano, bem como que não há direito que não seja humano, isto é, só o ser humano poderia ser titular de direito, com o que não se concorda em razão da existência de direitos de proteção aos animais e ao meio ambiente que são apregoados nos dias atuais (2006, p. 175-178)

Assim, os direitos fundamentais são implicações da dignidade da pessoa humana, e destarte, cada direito fundamental possui um conteúdo da dignidade pessoa que deve ser preservado como um dever imprescindível do Estado para proteção e salvaguarda da dignidade.

1.1.3 *Conceito de personalidade*

Após este breve comentário histórico do que seria dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, e a relação entre eles, será analisado o direito da personalidade, de antemão, este apresenta uma relação direta com os direitos fundamentais, contudo podem ser distinguidos. Segundo Canotilho (2000), a maioria dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, porém nem todos os

direitos fundamentais são direitos da personalidade. Para o autor, a dependência bilateral existente entre o estatuto positivo e o estatuto negativo e em virtude da construção de um conceito universal de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, faz com que os direitos fundamentais se inclinem a ser direitos da personalidade e vice-versa.

Ainda na palavra deste ilustríssimo professor, José Joaquim Gomes Canotilho, no que tange a diferenciação destes termos:

os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos do Estado (por ex: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa (2000, p. 54)

A noção de personalidade deve ser analisada sob dois enfoques distintos. Sob o enfoque *subjetivo*, identifica-se com a capacidade que tem toda pessoa, física ou jurídica, de ser titular de direitos e obrigações. Sob o enfoque *objetivo*, “tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2004, p. 27).

Na concepção de Carlos Alberto Bittar direitos da personalidade são “direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral” (2014, p. 35). Afirma ainda, a particularidade que esses direitos possuem proporcionando uma posição de destaque dentro do direito privado, como por exemplo, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que impedem o indivíduo de descartá-los por vontade própria, porém sob certos aspectos, pode dispor, é o caso da licença para uso de imagem.

O doutrinador Orlando Gomes conceitua direitos da personalidade como sendo “os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas e psíquicas do ser humano por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção”

(2016, p. 108). Para Anderson Schreiber, estão relacionados “aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional” (2014, p. 13).

Considera-se, assim, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa ou as suas características mais importantes.

As projeções da personalidade, as suas expressões, as qualidades ou os atributos são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo.

Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos da personalidade, se protegem a essência da pessoa e as suas principais características. Os objetos dos direitos de personalidade são bens e valores considerados essenciais para o ser humano.

1.2 A Personalidade vista na Constituição Federal de 1988

Os direitos da personalidade sempre estiveram presentes nas constituições brasileiras, como na Constituição do Império de 1824, em que, no artigo 179, *caput*, já era consagrada a liberdade, a inviolabilidade de domicílio, no inciso VII; e os direitos autorais, no inciso XXVI. Agora de forma apurada, a Constituição Federal de 1988, abordou inúmeros direitos e garantias, cuidando em precisar e explicitar os direitos da personalidade.

Têm como previsão legal o artigo 1º, inciso III, onde se estabelece o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual protege os direitos incidentes sobre a personalidade; e o artigo 5º, título II, que vislumbra os direitos fundamentais, em especial, os de cidadania e os individuais, como direito à privacidade, à intimidade (inciso X), ao sigilo da correspondência (inciso XII), dentre outros, intitulando num marco para que o Brasil deixasse de ser um país de regime autoritarista e passasse a ser uma democracia.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), aduz que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988)

Já o inciso XII da CRFB/88 que resguarda o sigilo de correspondência, prever: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. (BRASIL, 1988)

Os direitos individuais resguardados pela Constituição cumprem um conjunto de limitações do Poder estatal em relação aos indivíduos. Esses direitos individuais, como à intimidade, à privacidade, ao sigilo de correspondência, são espécies, características, particularidades dos direitos de personalidade, assim sendo, o constituinte demonstrou preocupação em proteger os bens e valores dos indivíduos.

A conceituação dos direitos à intimidade e à vida privada é muito complexa, pois envolvem “aspectos subjetivos que se diversificam de acordo com a vida social de cada pessoa”. (EUGÊNIO JÚNIOR, 2009, p. 47-48)

Para Franco Filho, privacidade:

é mais ampla e abrange a intimidade; inclui relações familiares e com terceiros; são algumas formas de convivência, mas com comunicação razoável. Origina-se do verbo latino *privare* e do adjetivo *privatus*. Já a intimidade é mais estreita, referindo-se às coisas mais pessoais de cada qual; fatos da vida pessoal do ser humano, desconhecidos por vezes de sua própria família (hábitos, vícios). Encontram-se no âmbito estritamente pessoal, sem repercussão externa (2016, p. 22)

Para Alexandre de Moraes (2017), os conceitos de intimidade e de vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo.

O autor define a intimidade como aquele direito que se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto que a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, estudo, entre outros.

1.3 A Personalidade vista sobre a ótica do Direito Civil

O Código Civil de 1916 não abordava expressamente os direitos da personalidade, pelo simples fato de ter sofrido influência do modelo liberal-burguês, principalmente na França. A partir da constituição Federal, a dignidade da pessoa humana passou a ser a base do ordenamento jurídico, levando o direito privado a adequar suas bases principais, como, a propriedade, o contrato, o testamento e a família, para proteger o homem e seus valores.

A Lei 10.406/2002, intitulada como Código Civil, dedicou um capítulo, o segundo do Livro I, com 11 artigos, em que desenvolve o conceito que estabelece a proteção dos direitos da personalidade. De forma louvável, o legislador não esgotou o rol dos direitos da personalidade, por causa da impossibilidade de abrigar todas as representações da personalidade e, as variadas e crescentes relações sociais, as quais provocam novos delineamentos de proteção ao indivíduo.

O professor e jurista Orlando Gomes conceitua personalidade como sendo:

um atributo jurídico em que todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente. Mas não só o homem tem personalidade. Têm-na também os grupos de indivíduos constituídos na forma da lei. (2016, p. 102)

Afirma, ainda, que os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Cabe ainda citar o conceito de personalidade do doutrinador Pablo Stolze como

“aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. (2017, p. 198)

1.4 A Personalidade vista sobre a ótica do Direito do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não tratou expressamente dos direitos da personalidade, por ter sido aprovada na década de 40, no período de uma Constituição autoritária, a de 1937, que não reconhecia os atuais direitos individuais, conforme cita Eugênio Hainzenreder Júnior (2009). Contudo, não pode se afirmar, que a CLT não resguardou os direitos da personalidade, pois em vários dispositivos acha-se a proteção desses direitos, inclusive a do trabalhador.

Nesse íterim, Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2017, p. 145) comenta em seu artigo que o Direito do Trabalho brasileiro, através da CLT, prevê norma expressa sobre direitos da personalidade no artigo 373-A, VI, introduzido pela Lei nº 9.799, de 26.05.1999, que veda a revista íntima nas empregadas; e o artigo 482, alíneas “j” e “k”, que permite o empregador em rescindir o contrato de trabalho quando o empregado cometer ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas em serviço contra qualquer pessoa ou empregador; e o artigo 483, alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, que autoriza o empregado a considerar o contrato de trabalho rescindido quando sofrer ofensas, segue abaixo:

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

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

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

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

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

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

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

- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. (BRASIL, 1943)

Salienta-se que o empregado tem garantia dos direitos da personalidade, como o direito à honra, à integridade física, nos artigos retromencionados, caso o empregador viole um direito, considera-se rescindido o contrato por justa causa. Apesar de não separar um capítulo específico, são encontrados dispositivos na CLT.

Ademais, a título elucidativo, encontra-se a obrigação do empregador em dar manutenção de serviços especializados em segurança e a criação de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), nos termos, respectivamente, dos artigos 163 e 164 da CLT; de fornecer aos empregados, gratuitamente, adequados equipamentos de proteção individual, consoante artigo 166 da CLT; a utilização de ações preventivas de medicina do trabalho, conforme artigo 168 da CLT; a proteção ante a exposição do empregado a risco ou agentes nocivos à sua saúde, concedendo um adicional salarial em laborações insalubres e perigosas, de acordo com os artigos 192 e 193 da CLT, e outras normas de proteção do Capítulo V, referentes à segurança e medicina do trabalho; outro aspecto é o resultante da Lei nº. 11.644/08, em seu artigo 442-A, que proíbe a exigência de 6 (seis) anos de experiência na mesma atividade.

Em referência à proteção aos direitos da personalidade, no que tange as normas de proteção à honra e à imagem do trabalhador, a CLT, em seu artigo 29, proíbe o empregador de proceder a qualquer espécie de anotação desabonadora acerca da conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

No âmbito da legislação infraconstitucional é visto outras diretrizes sobre o direito da personalidade do empregado, como no artigo 1º, da Lei nº 9.029/25, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor,

estado civil, situação familiar ou idade; a Lei nº 10.224, de 2001, que alterou o Código Penal acrescentando o artigo 216-A, tipifica como crime o assédio sexual laboral, *in verbis*:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. (BRASIL, 1940)

É notório ressaltar que pela omissão da legislação trabalhista em guardar um capítulo específico sobre direitos da personalidade, torna-se possível o uso das disposições abarcadas pelo Código Civil de 2002, pertinentes aos direitos da personalidade, no âmbito do Direito do Trabalho, desde que em congruência com o artigo 8º da CLT.

Portanto, aplicam-se, no âmbito do direito laboral, as normas do direito privado, por meio da aplicação subsidiária dos artigos 11 a 21, do CC/02, de que tratam dos direitos da personalidade. Cabe destacar o entendimento de Gustavo Barbosa Garcia, a respeito da aplicação subsidiária das regras da legislação comum no Direito do Trabalho, diz o autor: “A integração do Direito tem a finalidade de suprir as lacunas da lei, ou seja, resolver o problema da ausência de norma jurídica específica regulando determinada situação. A integração concretiza o princípio da completude do ordenamento jurídico”. (2017, p. 66). Tal princípio tem em sua essência que determinada norma possui propriedade para regular qualquer caso, porém não pode ir contrário as disposições do artigo 8º, CLT, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL, 1943)

Na seara do Direito Internacional do Trabalho, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) não preparou, até o momento, nenhuma legislação ou Convenção sobre direitos da personalidade nas relações de trabalho. Contudo, Zanotelli (2017) afirma que a maioria das convenções internacionais do trabalho

contém normas relativas à tutela dos direitos da personalidade nos aspectos físico, psíquico ou mental, moral, intelectual e social (acesso ao direito à integração social); em especial, no campo da saúde física, mental e social do trabalhador, da higiene, da medicina e da segurança no trabalho.

Desta forma, abordamos os principais aspectos dos direitos da personalidade, o seu relacionamento com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, e as demais previsões no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPITULO II – O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Neste capítulo será tratado o poder diretivo que o empregador possui de gerir a forma como o empregado, por meio de um contrato, exercerá a atividade. É uma faculdade inerente ao empregador e que tem previsão na Consolidação das Leis do Trabalho e na Constituição Federal. A seguir, analisar-se-á o conceito, suas características e limites.

2.1 Conceito

Antes de tratar-se do conceito do poder diretivo do empregador, importante definir o conceito de empregador e empregado. O legislador brasileiro, no artigo 2º da CLT, adotou a seguinte definição de empregador: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (BRASIL, 1943)

De acordo com o doutrinador Gustavo Barbosa Garcia (2016), no âmbito trabalhista, o empregador é considerado como a própria empresa. Sendo assim, o

mesmo autor conceitua empresa como a atividade econômica organizada, presente a coordenação e a organização dos fatores de produção, destinada à produção ou à circulação de bens ou de serviços no mercado.

Tal prognóstico é ponto controvertido e de críticas por parte da doutrina. Alguns autores, como Maurício Godinho Delgado (2017), sustentam que o enunciado do caput e o parágrafo primeiro do artigo 2º da CLT são, tecnicamente, falhos e tautológicos, visto que empregador não pode ser considerado como empresa, ente que não configura sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira.

Do que foi abordado por este autor, pode ser extraído que o ponto controvertido desta definição está em relação a natureza jurídica da empresa, na medida que não se trate de sujeito de direito, mas de objeto, não se pode designá-la empregador.

Concordando com o mesmo pensamento do autor retromencionado, Orlando Gomes salienta que:

a empresa não é sujeito de direito, porque não lhe correspondem direitos de propriedade, não toma decisões. Não é, mesmo, um ente social, como afirmam alguns sociólogos. Qualificada como uma atividade, a empresa apresenta-se em certa ótica como uma forma, ou modo, de exercício da propriedade de bens incorporados ao processo produtivo. É nessa forma de exercício que se insere a ideia de função, jamais no direito subjetivo de propriedade. (1986, p. 101)

No entanto, há doutrinadores, como Amauri Mascaro Nascimento, que entendem que a definição do artigo 2º da CLT, não apresenta nenhum equívoco, e sim, importantes implicações práticas, em assuntos relacionados a sucessão trabalhista, pois alterando ou não a titularidade e a propriedade, o empregador é a empresa.

De acordo com Eugênio Hainzenreder Júnior:

a utilização do termo empresa para denominar empregador teve o intuito manifesto de exaltar que o empregado, pelo contrato de trabalho, se vincula ao conjunto orgânico e empresarial e não à pessoa, seja ela física ou jurídica. O artigo 2º consolidado adotou o Princípio da Despersonalização do Empregador, segundo o qual o

contrato de trabalho prende-se diretamente à empresa, independentemente de seu titular. (2009, p. 57)

Nas palavras deste autor, ocasionando eventuais modificações na titularidade, ou seja, na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa os contratos de trabalho dos empregados não poderão ser afetados, conforme artigos 10 e 48 da CLT. Ademais, o legislador ao consolidar às leis trabalhistas e empregar a expressão empresa, não quis associar o conceito de empregador à personalidade jurídica, de maneira oposta, a intenção foi assegurar garantias de direitos ao empregado, ligando-o à empresa que abrange bens, relações, direitos e obrigações, pois os direitos e obrigações registrados no contrato de trabalho surgem em consequência da empresa preferentemente a pessoa do empregador.

Agora, observar-se-á o conceito legal de empregado que é encontrado no artigo 3º, caput, da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. (BRASIL, 1943)

O jurista e ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, apresenta o conceito de empregado, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, como sendo ‘toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação”. (2017, p.392).

Sendo assim, empregado é todo trabalhador que presta serviço ao empregador. Tais requisitos são encontrados no artigo 3º da CLT, menos o da pessoalidade mencionado no artigo 2º, caput, da CLT. Neste conceito encontram-se os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego, reunidos, confirmam que o empregado será o prestador de serviço.

Para que exista uma relação de emprego, se faz necessário estabelecer um contrato entre as partes, como ocorre no Direito Civil. Assim, Gustavo Barbosa Garcia (2016) diz que o uso das expressões relação de emprego e contrato de trabalho, são utilizados de forma corriqueira como o vínculo empregatício entre empregado e empregador, ou seja, o contrato individual de trabalho.

Exemplificando tem-se o artigo 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. (BRASIL, 1943). Logo, a natureza jurídica do vínculo existente entre empregado e empregador é de natureza contratual, tendo como teoria a subjetivista ou também chamada de contratualismo.

Outrossim, tal teoria “sustenta que o vínculo entre empregado e empregador tem natureza de acordo de vontades, sendo, portanto, um contrato” (NASCIMENTO, 2015, p. 259).

Sendo assim, na seara do Direito do Trabalho, temos de um lado o empregador e do outro o empregado, este ao ser contratado por uma empresa, cede àquele o poder de direção de seu trabalho ficando subordinado a ele.

Instala-se nesse instante a relação jurídica objeto do direito do trabalho, quer dizer, de um lado se tem o poder de direção conferido ao empregador por lei, para uso do exercício e organização de sua atividade empresarial; e por outro lado, o empregado, numa condição de subordinação, se submete às ordens e regras prolatadas pelo empregador.

Eugênio Hainzenreder Júnior (2009) apresenta, etimologicamente, a palavra *poder*, como tendo à ideia de chefia, em outras palavras, é fazer com que outras pessoas atuem na maneira proposta por quem emitir a vontade. Na prática, deve-se ocorrer a aceitação do comando proposto, portanto, o poder emitido por um indivíduo conecta-se à sujeição e obediência de outro.

De acordo com Coutinho, é demonstrado, agora, na relação de emprego, este poder como sendo, aquele que:

recai sobre a figura do empregador, na medida em que é o proprietário dos meios de produção; porquanto é a autoridade na empresa; porquanto pactuou em um contrato; porquanto controla juridicamente o conjunto da estrutura empresarial; porquanto assumiu os riscos da atividade empresarial. (1999, p. 13-14, *apud* EUGÊNIO JÚNIOR, 2009, p. 62)

No Direito do Trabalho Brasileiro não há um conjunto de regras que categoricamente instituem e regulamentem o fenômeno do poder diretivo na empresa, embora não tenha uma definição de forma específica no ordenamento jurídico brasileiro, como ocorre no Código de Trabalho de Portugal, no artigo 150, quando reconhece o poder diretivo do empregador ao dispor que é de responsabilidade do empregador à fixação dos termos em que deve ser prestado o trabalho, não se discute a existência de direção na relação de emprego que caracteriza o empregador, isso deriva do próprio contrato de trabalho. No entanto, conforme aduz Delgado (2017) a legislação brasileira de modo indireto ou implícito tende a tratar desse poder, estabelecendo ou limitando direitos no contexto interno da empresa.

Entre as normas que indiretamente fundamentam este fenômeno, têm-se o artigo 2º, caput, da CLT. Porém não é apenas nesse dispositivo legal que o poder diretivo é fundamentado; a Constituição Federal, em seu artigo 1º, IV, ao tratar do princípio da livre iniciativa; o artigo 5º, XXII, quando consagra o direito à propriedade; o artigo 170, II, parágrafo único, ao assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica; na CLT, no artigo 74, § 2º, ao mencionar a necessidade de manter controle sobre a jornada de trabalho dos empregados; o artigo 469, da CLT, que trata da transferência de local de trabalho; o parágrafo único, do artigo 468, da CLT, que trata da prerrogativa da reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança; ainda, o artigo 474, da CLT, que fixa limites temporais à suspensão disciplinar no âmbito laboral, todas estas normas, indiretamente, embasam legalmente o poder diretivo do empregador.

O poder de direção, também conhecido como poder empregatício, poder diretivo ou poder hierárquico é de titularidade do empregador, um direito inerente a ele, o qual lhe qualifica a dirigir, regulamentar, fiscalizar e disciplinar o trabalho prestado pelo empregado.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o poder empregatício é:

o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção,

regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços. (2017, p. 749)

Cabe asseverar a existência de teorias que procuram justificar a natureza jurídica do poder diretivo. O doutrinador Gustavo Barbosa Garcia (2016) apresenta as principais teorias, a primeira faz-se menção à teoria da instituição, no sentido de que a empresa, exercida pelo empregador e na qual estão inseridos os empregados de forma organizada e hierarquizada, é o âmbito de exercício do poder de direção que tem nela o seu fundamento, com o objetivo de perpetuação da atividade empresarial.

A segunda teoria é a do poder de direção como direito potestativo, no sentido de que o empregador o exerce unilateralmente, independentemente da anuência do empregado. De todo modo, cabe reiterar que o poder de direção não é ilimitado, pois o empregado não se obriga a aceitar ordens ilegais ou abusivas.

A terceira teoria é a do direito de propriedade. O empregador, justamente por ser o titular do empreendimento empresarial, teria o poder de organizar, controlar e disciplinar os fatores de produção, no caso, o trabalho prestado pelos empregados. Deve-se ressaltar que o direito de propriedade sofre limites por outros direitos, devendo ser exercido dentro de suas funções sociais, aspecto plenamente aplicável quanto ao exercício do poder de direção, na esfera trabalhista.

Outra teoria é a contratualista, que pode ser considerada a mais adequada, ela defende que o fundamento do poder de direção encontra-se no contrato de trabalho. O fundamento, assim, seria de ordem jurídica; a existência do contrato de emprego, em si, autoriza o empregador a exercer o poder de direção, tornando o trabalho do empregado subordinado.

Assim, a teoria contratualista é a mais aceita no Direito do Trabalho. Afirma, o grande jurista Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 761) que: “o contrato, como título e fundamentação do poder intraempresarial, constitui, hoje, a concepção absolutamente hegemônica no conjunto da teoria justrabalhista. É concepção também com largo potencial explicativo da realidade”.

2.2 Características

O empregador para organizar a atuação de seus subordinados e alcançar os seus propósitos vale-se de parâmetros de natureza técnica e de caráter geral. Sendo assim, o poder diretivo subdivide-se em poder de organização, poder de fiscalização, conhecido também como poder de controle e o poder de disciplinar, conforme a seguir detalhado.

O poder de direção do empregador manifesta-se primeiramente como poder de organização, como nos ensina Nascimento (2015). Cabe a ele organizar a atividade.

De acordo com entendimento do magistrado Luciano Martinez, o poder de organização:

é uma variável do poder diretivo que permite ao empregador, dentro dos limites da lei, a expedição de comandos que orientam o modo como os serviços devem ser realizados. Esses comandos podem ser positivos ou negativos, gerais ou específicos, diretos ou delegados, verbais ou escritos. Quando reduzidos a termo, os atos patronais podem ser materializados em ordens de serviço, circulares, avisos, portarias, memorandos, instruções ou comunicados. (2016, p. 426-427)

Nesses moldes, a organização da atividade do titular do poder diretivo deve sobrevir em obediência às normas jurídicas que a regulam, respeitando, inclusive, os direitos de ordem social e trabalhista.

Para demonstrar essas atribuições oriundas do poder de organização, em que pese, são muitas, o doutrinador Amauri Mascaro Nascimento (2015) apresenta, a título exemplificativo, as principais, como: a faculdade de o patrono definir os fins econômicos a serem desenvolvidos pelo empreendimento; a definição da estrutura jurídica, ou seja, se adotará a forma de sociedade anônima, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, entre outras; a fixação de cargos e funções bem como das respectivas atribuições da atividade empresarial.

Sandra Lia Simón (2000) em concordância com a classificação de Amauri Mascaro Nascimento, constata que o poder de controle, definido como a faculdade do empregador de fiscalizar as tarefas profissionais realizadas pelos empregados, e o poder disciplinar, prerrogativa de aplicar sanções, seriam apenas desdobramentos do poder organizacional, ou seja, diretivo com a finalidade de dar-lhe efetividade.

O poder fiscalizatório, também chamado de poder de controle, é um dos fracionamentos do poder diretivo de maior magnitude para o presente estudo, pois é nele que estão as principais arbitrariedades praticadas pelos empregadores. Segundo Mauricio Godinho Delgado tal poder seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno (2017, p. 753). Outrossim, é a liberdade do patrono de controlar a execução dos serviços de seus empregados, bem como a maneira como estes foram prestados e se estão observando as mais variadas regras e ordens por ele e pelo sistema jurídico exigidas.

No âmbito do poder de fiscalização ou controle surgem diversas situações que configuram o exercício regular deste poder, por exemplo, o empregador pode controlar se os empregados estão respeitando o horário de trabalho estipulado, previsto no art. 74 da CLT, e sob as revistas dos pertences dos empregados no final do expediente, cabe asseverar que a norma trabalhista brasileira, em seu artigo 373-A, veda as revistas íntimas, porém os Tribunais vem considerando como lícita e um direito de fiscalização do empregador, as revistas pessoais, desde que não sejam abusivas a dignidade do trabalhador, caso em que não encontrará acolhida nas decisões judiciais (NASCIMENTO, 2015).

Ana Lidia Di Salvo e Rodrigo Wasem Galia (2016, p.42 apud NASCIMENTO, 2009, p. 624) salientam que:

com o avanço tecnológico, surgiram novas formas de fiscalizar as atividades dos empregados, muitas delas sem que estes percebam que estão sendo vigiados. Torna-se cada vez mais frequente o uso de programas informáticos, por parte de empregadores, que emitem relatórios completos sobre o uso do computador que é disponibilizado ao empregado, inclusive com conteúdo das

mensagens entre os próprios empregados, enviados e recebidos, seja entre colegas, seja entre pessoas que não possuem relação alguma com o empregador.

No entanto, o referido controle não pode invadir a esfera da intimidade dos empregados, além de outros direitos fundamentais.

O poder disciplinar é terceira manifestação do poder de direção. É o direito do empregador de impor sanções disciplinares aos seus empregados, de forma pessoal e intransferível, dentro dos limites da lei (MARTINEZ, 2016).

No entendimento de Mauricio Godinho Delgado, o poder disciplinar “é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”. (2017, p. 756)

Consoante bem assinalado por Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017), a punição aplicada pelo empregador, encontra-se no domínio do Direito do Trabalho, não tendo nenhuma relação com a penalidade de ordem criminal, a qual se encontra estabelecida na esfera do Direito Público, desinente da prerrogativa de titularidade do Estado.

No direito brasileiro, as penalidades que podem ser aplicadas ao empregado, em ordem de gravidade, são a advertência, podendo ser verbal ou escrita, a suspensão disciplinar que apresenta um limite de até 30 dias consecutivos, conforme artigo 474, da CLT, e a dispensa por justa causa, considerada a punição mais grave, pois resulta na cessação do contrato de trabalho, nas hipóteses previstas no artigo 482, da CLT.

Não há em nossas leis a necessidade de gradação de penalidades. Assim, para ser despedido, não é necessário que o empregado, anteriormente, tenha sido advertido e suspenso, salvo se o regulamento interno da empresa o determinar. Contudo, a punição abusiva ou excessiva pode ser questionada pelo empregado. Tal ilicitude pode acarretar ao empregador o dever de reparar eventual lesão a direito do empregado, de ordem pessoal ou material (GARCIA, 2017). Cabe

ao empregado, através do direito de ação, provocar o Judiciário para obter a sentença judicial anulando a penalidade.

A lei trabalhista, em regra, não admite ao empregador, como medida disciplinar, multar o empregado, inclusive por contrariar o princípio da intangibilidade salarial, artigo 462, da CLT. No entanto, como exceção, há atletas profissionais que são multados com base nas normas desportivas, Lei nº 9.615/1998, artigo, 48, inciso III.

2.3 Limites

Não é simples apontar os limites do poder diretivo do empregador, mas é certo que este mostre limitações. A legislação brasileira não delimita categoricamente o alcance das atividades de fiscalização e de controle empresarial, mas há regras e princípios capazes de explorar o exercício legal ou abuso de poder de direção.

Como bem expressa Rúbia Zanotelli Alvarenga, ao empregador:

é lícito e necessário organizar a sua atividade econômica de produção e estabelecer o cumprimento dos demais poderes. Ocorre que os poderes conferidos ao empregador não podem ser exercidos de forma ilimitada, assim como a subordinação jurídica do empregado não se configura de forma incondicional e absoluta. (2017, p. 149)

Em concordância com o pensamento de Alvarenga, tem-se o doutrinador Floriano Barbosa Júnior, quando diz que o “o poder de mando não deve e não pode, legitimamente, prestar-se apenas a atender aos interesses do patrão, mas, sim, de todos os que compõem a empresa e, também, pela própria natureza do estado social, em benefício da sociedade”. (2008, p. 68)

Tal poder não pode ser utilizado de maneira irrestrita, e muito menos de conceder ao patrono a unilateralidade da direção da empresa reprimindo a autonomia de vontade dos empregados. O empregador deverá apresentar responsabilidade social. Não obstante, o estado de sujeição do empregado denota apenas a subordinação hierárquica decorrente do contrato de trabalho.

Assim, de acordo com Sandra Lia Simón (2000, p. 119 apud DI SALVO; GALIA, 2016, p. 42), aduz que “a subordinação jurídica do empregado não implica que ele tenha de se sujeitar a quaisquer tipos de ordens do empregador, pois o poder de direção deste não é ilimitado.”

Malgrado o ordenamento jurídico brasileiro não expõe regras de maneira objetiva a respeito dos limites inerentes ao poder diretivo do empregador, não sobejam incertezas sobre a existência dessas limitações.

Nessa sequência, Maurício Godinho Delgado evidencia que:

a Constituição de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador, haja vista a instituição de um Estado Democrático de Direito designado a assegurar o exercício dos direitos sociais, individuais e a justiça como valores supremos com a finalidade de salvaguardar a dignidade da pessoa humana. (2017, p. 754)

O mesmo autor (2017) afirma que, na Constituição, existem regras impositivas enfáticas que removem a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador.

De forma ilustrativa, tem-se como regra geral a igualdade de todos perante a lei e da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, artigo 5º, caput, CF/88; de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, artigo 5º, III, CF/88; que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, artigo 5º, X, CF/88).

Desse modo, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nestas relações deve estar rigorosamente ligada à proteção da liberdade e da dignidade do trabalhador, existindo a obrigação de respeito a tais direitos.

Nesse prisma, Sérgio Pinto Martins (2011, p. 216) “divide a limitação ao poder de direção do empregador em limites externos, quais sejam a Constituição, as leis, norma coletiva, contrato, e limites internos, que são a boa-fé objetiva e o exercício regular do direito.”

O princípio da boa-fé objetiva, referido acima, atua como uma espécie de regra que imputa deveres de conduta, não definidos previamente. Relaciona-se com aquelas condutas que decorrem de um juízo de valor de acordo com as exigências básicas de justiça e moral, formadas em função da consciência jurídica. Isso significa dizer, segundo Sandra Lia Simón (2000, p. 119), “a consciência e noção (mínima) do certo e errado no meio ao qual o indivíduo se encontra inserido.”

Outro fator limitador do poder diretivo do empregador é a função social da empresa, ou seja, da propriedade privada. A empresa tem papel primordial no desenvolvimento econômico e social de um Estado, pois tem como principal finalidade a produção e a circulação de bens e serviços, contribuindo para geração de lucros, empregos e tributos ao Estado.

Todavia, este direito de propriedade previsto na Carta Magna, artigo 5º, XXIII, sendo um dos fundamentos do poder de direção do patrono, sofre limitações e não pode ser mais considerado como um legítimo direito individual.

Como nos ensina Rosana Marques Nunes (2011, p.34 apud ALVARENGA, 2017, p.153), “seu conceito foi relativizado no momento em que passou a fazer parte dos princípios da ordem econômica, integrantes dos ditames da justiça social.”

Ainda com o pensamento de Rosana Marques Nunes, quanto à função social da propriedade privada:

devido à afetação da propriedade privada pela função social, está eliminado o conceito de propriedade como fonte de poder pessoal ilimitado, de forma que a atuação do empregador somente será legítima, se voltada à efetiva consecução dos fins e valores da ordem econômica. (2011, p. 35)

Cabe mencionar o ponto de vista de Maria Helena Diniz, a respeito da função social da propriedade privada:

a propriedade empresarial deverá atender à função social, exigida pela Carta Magna (arts. 5º, XXII, 182, § 2º, e 186); por isso o empresário deverá exercer sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para a efetiva defesa dos interesses do consumidor e a redução de desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para seus empregados, p. ex., formando serviços médicos, fundos de previdência, planos de aposentadoria, promovendo ensino básico, creches, transporte, e, ainda, realizar projetos de recuperação do meio ambiente, e do patrimônio histórico-cultural. É preciso compatibilizar essa sua função social, visando o bem comum, o bem-estar e a justiça social, com a finalidade de produção de lucros. (2011, p. 45)

As duas autoras entendem que o empresário, ao gerir o seu empreendimento, deverá exercer em benefício de outrem, e não, em prejuízo; não poderá pretender exclusivamente o lucro, necessitará observar as propensões do trabalhador e da sociedade, posto que o direito de propriedade, integrante da lista de direitos fundamentais, precisa ser visto “em conjunto e de forma ponderada com os demais direitos e princípios constitucionais”. (NUNES, 2011, p. 36)

Assim, consoante afirma Ana Lidia Di Salvo e Rodrigo Wasem Galia (2016, p. 43) inegável que os princípios e regras constitucionais criam barreira intransponível ao poder de direção do empregador, tornando ilegal toda e qualquer ingerência arbitrária que venha a ferir ou ofender os direitos fundamentais do empregado. No entanto, no contexto da relação de emprego, estes direitos fundamentais também devem ser balizados pelas obrigações contratuais assumidas, que devem ser cumpridas com observância da boa-fé contratual.

CAPITULO III – O USO DO E-MAIL ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Neste capítulo será abordado a celeuma do presente trabalho que integra o uso do e-mail eletrônico no ambiente de trabalho, se é permitido ou não o monitoramento por parte do empregador deste meio de correspondência, tanto pelo dispositivo particular quanto pelo corporativo.

3.1 Sigilo de Correspondência e o e-mail eletrônico

A inviolabilidade do sigilo de correspondência não é só consectário da garantia da livre expressão de pensamento, como também do direito fundamental à privacidade e à intimidade, como afirma o ministro Gilmar Mendes. (2016)

A constituição Federal em seu artigo 5º, inciso, XII, prevê a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo as hipóteses de ordem judicial ou para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, confirmada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 11 estabelece que ninguém pode ser alvo de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, demonstrando a proteção à inviolabilidade às correspondências.

Cabe salientar que ao fazer a interpretação literal dos textos legais acerca do sigilo de correspondências leva a concluir que a inviolabilidade assinalada nas

normas está cerceada às correspondências clássicas, ou seja, aquela em que um emitente elabora e remete por intermédio de um terceiro, seja esse terceiro uma pessoa física ou jurídica detentora do serviço de correios e telégrafos, a um receptor, como bem cita Santos (2015).

Não obstante a literalidade da norma, se faz necessário observar que o Direito precisa acompanhar a evolução da sociedade da informação, em suas novas práticas, à era digital. Antes uma informação que demorava dias para chegar ao seu destino, hoje, em questões de segundos, é estabelecida a comunicação e difundida a informação.

Patrícia Peck Pinheiro explicita este momento de transformações a respeito da era da informação e, que no atual cenário, o Direito precisa sofrer mudanças em seu modo de exercer e pensar na prática cotidiana. Abaixo, segue um trecho do seu pensamento:

há pouco mais de quarenta anos, a Internet não passava de um projeto, o termo globalização não havia sido cunhado e a transmissão de dados por fibra óptica não existia. Informação era um item caro, pouco acessível e centralizado. O cotidiano do mundo jurídico resumia-se a papéis, burocracia e prazos. Com as mudanças ocorridas desde então, ingressamos na era do tempo real, do deslocamento virtual dos negócios, da quebra de paradigmas. Essa nova era traz transformações em vários segmentos da sociedade — não apenas transformações tecnológicas, mas mudanças de conceitos, métodos de trabalho e estruturas. O Direito também é influenciado por essa nova realidade. (2016, p. 47)

O cenário é de uma sociedade digital onde a comunicação entre as pessoas físicas e jurídicas se realiza, basicamente, através de mensagens eletrônicas, correspondências eletrônicas, tanto que o instrumento para armazenagem das mensagens postadas e recebidas se chama “correio eletrônico”, ou também conhecido, *webmail*, não estando dúvidas de que negócios jurídicos são pactuados por meio destas mensagens, em razão disso deve existir uma proteção legal do Estado.

Nesse ínterim, não é percebido na Constituição uma interpretação sobre a abrangência do sigilo da correspondência com previsão no artigo 5º, XII, da Carta Maior, fazendo com que a legislação ordinária cumprisse esse dever. Em 24 de julho

de 1996, foi promulgada a Lei nº 9.296, chamada de Lei de interceptação de comunicações telefônicas.

De modo efetivo, a Lei nº 9.296/96, regulamenta a parte final, do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal e em seu artigo 1º, parágrafo único, estabelece que o teor daquela norma deverá aplicar-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, ou seja, à interceptação de mensagens eletrônicas, em serviços de correio eletrônico.

Já outra lei infraconstitucional é a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que instituiu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil, conhecida como Marco Civil da Internet, que foi promulgada em resposta às inúmeras indagações decorrentes da sociedade civil, que estava em poder de legislações esparsas e de interpretações do direito alienígena, ou direito estrangeiro, para a solução dos conflitos oriundos dos negócios jurídicos firmados no mundo virtual.

Vale ressaltar que o artigo 3º desta lei elenca princípios os quais regulam os preceitos inseridos nesta legislação, dentre os quais, proeminentemente, aparece a proteção da privacidade, inciso II, e a proteção dos dados pessoais, inciso III. Como se observa, o princípio de proteção da privacidade se liga com o direito à intimidade, com previsão no artigo 5º, X, da Constituição Federal, reiterando a existência de limitações para o uso da internet, e uma dessas limitações é a intimidade do indivíduo, conservando e cuidando da sua dignidade.

A internet vai além de um simples meio de comunicação eletrônica, é constituída não apenas por uma rede mundial de computadores, mas por uma rede mundial de indivíduos, como bem explana Patrícia Peck pinheiro (2016), que pode ser veiculado das mais variadas informações, como por exemplo, dados pessoais, contas bancárias, ensejando o legislador pautar a matéria no princípio da proteção de dados pessoais, elencado no artigo 3º, III, pois muitos são os casos de crimes virtuais por ser utilizar de forma errada a *web* (World Wide Web) ou rede mundial de computadores.

O legislador ordinário de maneira incisiva estatuiu, no artigo 8º, da Lei 12.965/2014, uma condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet, a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações. Ainda mais, em seu parágrafo único foi claro quanto as nulidades de cláusulas contratuais que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas pela internet, uma vez que violam os direitos estabelecidos no caput do artigo retromencionado.

A Lei nº 12.964/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, regulamentou o assentado no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, no que concerne ao sigilo das correspondências, comparando o sigilo de correspondências prescrito constitucionalmente ao sigilo das comunicações privadas previstos ordinariamente.

Entretanto, nada obstante o regulamentado pelas leis 9.296/1996 e 12.965/2014, não se pode reconhecer integralmente que a proteção disposta no inciso XII, do artigo 5º, da Carta Magna compreende a todas as espécies de comunicações eletrônicas, os chamados *e-mails*.

O *e-mail* ou correio eletrônico é uma ferramenta aplicada para a troca de mensagens e arquivos entre utilizadores da *internet* e apresenta o significado de *eletronic mail* ou correio eletrônico. Os usuários podem ter duas espécies *e-mails*, os pessoais e os corporativos.

Nas palavras de Jackson Passos Santos:

os e-mails pessoais são aqueles em que o próprio usuário exerce a faculdade de adesão, que implica na contratação de uma conta perante um terceiro chamado provedor, normalmente uma pessoa jurídica que presta serviços de comunicação e fluxo de dados pela rede mundial de computadores. Os e-mails corporativos não são criados pelos usuários, mas sim por uma corporação, instituição pública ou privada à qual o usuário está vinculado. (2015, p. 130)

É a corporação que faz a adesão de serviço do provedor de e-mail e internet, com intuito de trazer segurança da informação na comunicação empresarial. O usuário/empregado não tem poder de escolha na utilização do *e-mail*

corporativo disponibilizado pela empresa, mas sim, assume a obrigação de manuseá-lo nos padrões determinados por ela.

Patricia Peck Pinheiro ao examinar a questão das ferramentas de trabalho tecnológicas, alega que:

o correio eletrônico, apesar de muito semelhante à correspondência, é um meio de comunicação com características próprias, como número de receptores da mensagem variável e do uso para o qual está sendo submetido, se pessoal, comercial ou publicitário. Logo, seu conteúdo é disponibilizado na rede para que seus dados sejam enviados no sistema de pacotes aleatórios, utilizando vários caminhos. Isso significa que qualquer *e-mail* pode ser lido mediante o emprego das técnicas certas e que seu sigilo e privacidade não são absolutos. Sendo assim, não é possível aplicar simplesmente a legislação sobre sigilo de correspondência e sua proteção constitucional, tal como funciona atualmente. (2016, p. 219)

Assim, há distinção evidente entre a correspondência pessoal e a correspondência comercial ou corporativa. Malgrado a correspondência de cunho comercial verse sobre sigilo ou segredos comerciais, não se pode comprovar que o direito ao sigilo deve seguir a correspondência comercial na mesma extensão da correspondência pessoal. Nesse sentido, o conteúdo da correspondência comercial não está protegido pela norma constitucional no mesmo alcance da correspondência privada.

Os direitos fundamentais aqui expostos, tais como os direitos à privacidade e ao sigilo de correspondência, protegidos constitucionalmente, em seu artigo 5º, incisos X e XII, da CF, regulamentados pela Lei nº 9.696/1996 e pela Lei nº 12.965/2014, apresentam garantias constitucionais que atingem a todas as correspondências que portam características pessoais, nas quais são abrangidos as correspondências físicas e os *e-mails* pessoais, em conformidade com o princípio constitucional da máxima efetividade, que ao interpretar diz “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda”. (MORAES, 2017, p. 15)

Os *e-mails* corporativos, no primeiro momento, não são abarcados pela proteção constitucional, pois são acolhidos pelo sigilo de correspondência, vez que

não havendo natureza pessoal, não há se falar em proteção dos direitos da personalidade, em especial pelo direito à intimidade.

Sendo assim, Ana Lidia e Rodrigo Wasem (2016) aduzem que não podem ser provados que o sigilo das correspondências, que compreende uniformemente os meios eletrônicos, é direito garantido aos empregados. Por não ser absoluto, deve-se avaliar no caso concreto o tipo de correspondência e a finalidade para qual foi usada, com a finalidade de estabelecer os limites do poder diretivo do empregador quanto ao seu monitoramento.

3.2 O Monitoramento do e-mail do empregado

Conforme demonstração até o presente momento, indiscutível a presença de garantias constitucionais e infraconstitucionais a respeito dos direitos de personalidade, em especial, à intimidade e os de sigilo de correspondências que devem ser seguidos. É nesse diapasão que permeia o entendimento de ser cabível a proteção pela garantia de proibição de violação de sigilo das comunicações e de dados, na hipótese de o *e-mail* ser privativo, ou seja, de cunho pessoal, do empregado, sem vínculo do patrono, em outras palavras, *e-mail* não corporativo, segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia. (2017)

Para se averiguar a validade do monitoramento do *e-mail* do empregado pelo empregador, antes é necessário saber se há um contrato de trabalho, correspondente à relação de emprego, de natureza bilateral, que torne o negócio jurídico válido e que estabeleça a regulamentação dos interesses de ambos, a fim de estabelecer, alterar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial, prevista no artigo 442, da CLT.

De acordo com o já posto alhures, para a existência do contrato de trabalho é essencial que esteja presente na relação jurídica os elementos dispostos no artigo 3º, da CLT, quais sejam, pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade, ou seja, o serviço deve ser prestado por pessoa física, de natureza não eventual e sob a dependência econômica do empregador.

Outrossim, o empregador é dono dos meios de produção de seu estabelecimento empresarial e assume os riscos da atividade econômica, inclusive pode ser responsabilizado pelos erros do empregado, logo ele tem o direito de propriedade da empresa, em contraponto, está o direito de personalidade do empregado, ambos direitos com previsão constitucional.

Essas contraposições de normas constitucionais configuram um conflito ao qual é denominado de colisão de direitos. Esse evento nasce quando o exercício de um direito fundamental de um titular choca com exercício do direito fundamental de outro titular. Caso não haja uma legislação específica acerca do assunto, os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser utilizados como parâmetro para solucionar o conflito, segundo Ana Lidia Di Salvo e Rodrigo Wasem Galia (2016). Assim, tornar-se-ia possível o monitoramento das mensagens eletrônicas pelo empregador? Se positivo, existe limitações a esse monitoramento?

De antemão, é importante salientar que o monitoramento de *e-mails* no estabelecimento empresarial é uma ação que, dentre outros propósitos, objetiva salvaguardar a segurança da informação e, por conseguinte o negócio empresarial do patrono.

O doutrinador Edison Fontes a respeito de segurança da informação, aduz que:

a segurança da informação existe para minimizar os riscos do negócio em relação à dependência do uso dos recursos de informação para o funcionamento da organização. Sem a informação ou com uma incorreta, o negócio pode ter perdas que comprometam o seu funcionamento e o retorno de investimento dos acionistas. (2006, p. 10)

Corroborando com o pensamento deste autor, tem-se Patrícia Peck Pinheiro (2016, p. 242), que diz: “atualmente, o monitoramento tornou-se um instrumento muito além da responsabilidade do empregador sobre o empregado, mais um fator de proteção de um ativo essencial para as empresas, a informação”. Destarte, o monitoramento dos *e-mails* não expõe um arbítrio inesperado do

empregador, pelo contrário, é um elemento de segurança para a conservação do próprio negócio.

Além do mais, ao examinar este assunto do monitoramento de *e-mails* não se pode olvidar da responsabilidade que o empregador possui pela reparação civil resultante de atos cometidos por seus empregados no desempenho de suas funções, ou em razão desse trabalho, prescrita no artigo 932, inciso III, do Código Civil.

Outro aspecto importante a ser citado é o controle material e formal dos *e-mails*, como bem diferencia Ana Lidia Di Salvo e Rodrigo Wasem Galia, *in verbis*:

a diferença entre o monitoramento formal e o material, é que no primeiro, o empregador toma conhecimento de informações gerais de uso do e-mail do empregado, tais como destinatário, tamanho em megabytes da mensagem, palavras pré-determinadas que constem no texto, tempo despendido com leitura e envio de e-mails, dentre outras informações, sem, contudo, adentrar o conteúdo propriamente dito das mensagens. Já no controle material, o empregador toma conhecimento do conteúdo integral das mensagens dos empregados veiculadas por meio do correio eletrônico. (2016, p. 49)

Com isso, os *e-mails* de cunho particular, como já observado, há uma impossibilidade de monitoramento, já os de cunho corporativo, seria permitido esta fiscalização, todavia não é absoluto, no que se refere os *e-mails* pessoais. Proibido o uso deste tipo de correspondência no âmbito laboral, o empregador não estaria com permissão a realizar o controle das mensagens, controle material, sem a anuência do empregado.

Contudo, compreende-se que, nesses casos, não seria proibido um controle formal, sem que existisse a intromissão no teor das mensagens, entretanto tais determinações deveriam ter sido acordadas com antecedência junto ao empregado que não as observou.

Leda Maria Messias da Silva (2009) explicita que as regras devem ser claras, ou seja, incumbe ao empregador esclarecer os seus empregados de que o computador é um material de trabalho e não um instrumento de comunicação

peçoal, podendo então proibir ou estipular limites para a utilização do correio eletrônico e da internet para fins pessoais, essa limitação a utilização, se refere ao acesso de *sites* úteis ao trabalhador, por exemplo, *sites* de bancos para consultas de saldos e pagamentos de contas, pois o trabalhador fica a maior parte do tempo do dia útil no ambiente de trabalho e se não gozar de certo conforto a tendência é a diminuição da produtividade.

A maior parte dos autores e das jurisprudências admitem a possibilidade de monitoramento do *e-mail* corporativo, contanto que regulado pelo bom senso e pelo princípio da proporcionalidade. São eles: Alexandre Agra Belmonte, Sérgio Pinto Martins, Eugênio Hainzenreder Júnior, Leda Maria Messias da Silva, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Sandra Lia Simón, Luciano Martinez, Alice Monteiro de Barros, dentre outros.

As argumentações bastante empregadas que demonstram a possibilidade do monitoramento das correspondências eletrônicas corporativas são: o direito de propriedade do empregador, o fato de que o correio eletrônico não goza de privacidade no ambiente de trabalho, a responsabilidade civil do empregador pelo eventual uso inadequado do e-mail e o reconhecimento do e-mail corporativo como ferramenta de trabalho.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, sobre o assunto, aduz que:

[...] tratando-se de verdadeira ferramenta de trabalho, pode-se entender que, tendo o empregador avisado, previamente, quanto à possibilidade de seu controle, de forma impessoal, na esfera da empresa, e estando em jogo algum outro valor de ordem fundamental – como o dever de não enviar mensagens em tom criminoso, ilegal ou desrespeitoso a terceiros –, pode-se autorizar a referida verificação, pela empresa, no seu equipamento de informática, resguardando a sua eventual responsabilidade. (2017, p. 392)

Ainda mais, tem-se o autor Eugênio Hainzenreder Júnior que, a respeito, cita aspectos funcionais, como:

- a) O spam (lixo eletrônico): que é recebido pela utilização indevida do *e-mail* pelo empregado que expõe o endereço eletrônico da empresa;
- b) A sobrecarga do sistema informático: quando o empregado, usando

- indevidamente o seu correio eletrônico recebe arquivos "pesados" e acaba por congestionar a rede e torna o sistema mais lento;
- c) Pirataria: o recebimento e a transmissão de determinados programas sem autorização pode constituir crime e inclusive responsabilizar a empresa pela infração cometida por seu empregado;
- d) Vírus: a contaminação do sistema da empresa pelo recebimento de vírus por meio do uso do correio eletrônico;
- e) Redução da produtividade do empregado: o desperdício de tempo produtivo em que o empregado deveria estar desenvolvendo as tarefas a ele imputadas, mas está utilizando o correio eletrônico para fins diversos. (2009, p. 110)

Compartilha do mesmo entendimento Luciano Martinez (2016).

Exemplifica o autor que um empregador, obrigado por regulamentação estatal de prevenção de crimes por meio virtual, por exemplo, a pedofilia, estará autorizado a monitorar as mensagens dos correios eletrônicos de seus empregados, claro, desde que prévia e pública informação de adoção desse procedimento.

Cabe ainda expor o entendimento desse autor que bem observa, “no caso sob exame, o direito à segurança, por força de lei, revela preponderância; a intimidade perde o destaque a partir do instante em que há prévia notificação do monitoramento e das sérias razões que o justificam”. (MARTINEZ, 2016, p. 262)

Importante que os funcionários, mediante prévio aviso, sejam cientificados do monitoramento dos *e-mails* corporativos por parte do empregador. Uma vez estabelecido em regulamento interno ou no próprio contrato de trabalho os limites e os objetivos do uso do computador, da internet e dos *e-mails* eletrônicos, sobrevindo o descumprimento às proibições ou limitações definidas pelo empregador, ensejará a anulação do contrato de trabalho por justa causa, conforme expõe o artigo 482, da CLT.

Ademais, cumpre ressaltar, no entendimento de Ana Lidia Di Salvo (2016), que toda e qualquer ação do empregador derivada do seu poder de fiscalização deve ser de forma genérica, impessoal e não vexatória, sem ferir a dignidade do trabalhador. Agindo contrariamente aos direitos de personalidade de seu subordinado, o empregador, mesmo que respaldado por seu poder de direção, estará cometendo ato arbitrário, gerando, então a possibilidade de rescisão indireta

do contrato de trabalho por parte do empregado e a devida reparação por danos morais.

3.3 Decisões Judiciais

O entendimento jurisprudencial dos Tribunais, tanto os Tribunais Regionais do Trabalho quanto o Tribunal Superior do Trabalho, tem sido no sentido de que é plenamente válido o exercício de fiscalização das mensagens eletrônicas corporativas dos empregados, embora haja divergências sobre o tema em tela, mas a opinião predominante está assentada em ser cabível o monitoramento.

Abaixo, segue a análise de alguns julgados sobre o tema proposto.

DANO MORAL. MONITORAMENTO DO USO DE APLICATIVOS ELETRÔNICOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. O monitoramento do uso, pelo empregado, de aplicativos eletrônicos disponibilizados pela empregadora durante a jornada de trabalho não importa violação à intimidade ou ao sigilo da comunicação, estando inserido no poder diretivo da empresa, máxime considerando que o trabalhador tinha ciência das normas que regem a política de segurança da informação adotadas pela ré.

(TRT18, RO - 0000069-05.2011.5.18.0007, Rel. PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO, DIVISÃO DE APOIO À 2ª TURMA, 29/06/2011)

Neste julgado o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região analisou em 2011 uma reclamatória trabalhista em que o reclamante interpôs recurso ordinário a fim de ver reformada a sentença da Vara Trabalhista no tocante ao reconhecimento da existência de justa causa para sua dispensa, alegou o reclamante que a decisão fora fundamentada em prova ilícita, qual seja, a conversa informal por meio de mensagens instantâneas (“MSN”) entre o autor e outro empregado.

Ainda informou que não fora avisado, quando de sua admissão, que a empresa teria acesso às suas conversas por meio do serviço instantâneo de mensagens, o reclamante foi dispensado por justa causa por incontinência de conduta e mau procedimento, artigo 482, b, CLT, por ter desviado mercadoria. O ônus de provar era da empresa, a qual conseguiu provar, e ainda informou que o reclamante tivera ciência e assinara documento referente à Política de Segurança da Informação da empresa.

Na decisão do TRT da 18ª Região, o Relator Platon Teixeira de Azevedo Júnior, não reformou a sentença, por não ter infringido à intimidade e ao sigilo de comunicação, por estar o empregador no seu poder diretivo, principalmente considerando que o trabalhador tinha ciência das normas que regem a política de segurança da informação adotadas pela empresa.

Esta celeuma chegou ao Tribunal Superior do Trabalho, em um julgado precursor do assunto, no ano de 2005, cuja análise se referia ao cabimento ou não da dispensa por justa causa do empregado decorrente do envio de material pornográfico por meio de *e-mail* corporativo da empresa a colega de trabalho.

Na decisão do TST, o Relator Ministro João Oreste Dalazen atestou que:

[...] 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. (RR - 61300-23.2000.5.10.0013, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005)

Outro julgado do TST é do Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte que asseverou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. PROVA ILÍCITA. Nenhum dos dispositivos declinados como violados, incluindo-se o art. 5º, XII, da CF, disciplina a matéria inerente à ilicitude da prova para que se possa reputar violado. Além disso, a ilicitude da obtenção da prova pressupõe inobservância de norma disciplinadora, o que não sucedeu. Sob o prisma de violabilidade do sigilo dos e-mails, tampouco há falar em violação do art. 5º, XII, da CF, por se tratar de e-mail corporativo e não privado, meio de comunicação disponibilizado pelo empregador apenas para uso profissional conforme normas internas de conhecimento do empregado e com "expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade na sua utilização (item 6.1 - fl. 176)", conforme notícia o acórdão regional. JUSTA CAUSA. RECURSO DE REVISTA AMPARADO APENAS EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Sem valia as ementas transcritas, pois não informam a fonte de publicação. Súmula 337 do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(AIRR - 1461-48.2010.5.10.0003, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/02/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015)

Presentes estes julgados, eles vêm a confirmar o entendimento majoritário dos órgãos colegiados dos Tribunais Trabalhistas, no que se refere à validade do controle das mensagens eletrônicas dos e-mails corporativos no âmbito laboral por meio do empregador.

CONCLUSÃO

Da análise do tema, infere-se que existe uma falta de legislação própria referente ao monitoramento dos e-mails eletrônicos do empregado no ambiente laboral. É de suma importância a criação de normas legais para sanar a omissão legislativa, uma vez que com o avanço da tecnologia da informação surgiram transformações nas relações humanas, se estendendo, inclusive, às interações de trabalho.

Há dois direitos constitucionais em colisão, o primeiro é o direito à intimidade e à privacidade do empregado, e, o segundo o direito de propriedade do empregador, que em especial, se materializa com o poder diretivo cuja finalidade é fiscalização das ferramentas de trabalho disponibilizadas, a organização e a segurança da atividade empresarial.

Por versar sobre direito fundamental, ambos apresentam eficácia horizontal, ou seja, são oponíveis nas relações entre particulares. Sendo assim, o empregado é um ser humano o qual tem sua dignidade e intimidade preservada malgrado esteja perante àquele que tem a direção da prestação de serviços, contudo o empregado deve respeitar as normas internas postas pelo empregador quanto ao uso do e-mail.

Em relação ao controle de e-mail, verificou-se que o e-mail particular do empregado não é suscetível de controle pelo empregador, controle este material, exceto por decisão judicial, visto que não apresenta nenhuma vinculação entre o ambiente e o contrato de trabalho e, assim, é próprio da dimensão íntima do

empregado, estando amparado pelo preconizado do sigilo de correspondência previsto na Constituição Federal. Todavia, é possível o exercício do controle formal por parte do empregador, impedindo a entrada às páginas dos provedores dos e-mails dos empregados.

Já o e-mail corporativo, pelo entendimento da doutrina e, especificamente, da jurisprudência majoritária consentem que é cabível o monitoramento pelo empregador por ser uma ferramenta de trabalho, contanto que os empregados estejam cientes de tal prática. Além do mais, o uso do e-mail corporativo de forma incorreta pode ocasionar transtornos suscetíveis de responsabilização ao empregador por atos gerados pelos seus empregados, motivo o qual se defende a fiscalização de tal meio de comunicação.

Neste cenário de conflitos de direitos, o profissional do direito ao se debater com tal celeuma deve analisar com cautela como agir, não só sob a perspectiva de institutos constitucionais e legais, mas também sob a aplicação de princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, procurando o ponto de equilíbrio entre os valores, com a finalidade de que um direito ceda em parte em prol do outro de maior relevância, ou seja, que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos seja a menor possível.

Perante o exposto, conclui-se que o uso do e-mail no ambiente de trabalho precisa seguir um regramento mínimo de aplicação e harmonia, respeitando o que foi acordado no contrato de trabalho ou regimento interno e, buscando afugentar procedimentos e atitudes inadequadas pelos dois sujeitos do contrato de trabalho, prevenindo, desde logo, dispêndios para o empregador e resguardar a dignidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Limitações aos poderes do empregador e os direitos da personalidade do trabalhador. **Revista Fórum Trabalhista**, Belo Horizonte, v. 6, n. 24, p. 137-157, jan./mar. 2017.

BARBOSA JÚNIOR, Floriano. **Direito à intimidade**: direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Direitos da personalidade. In: **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016. p. 411-426.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O Controle da Correspondência Eletrônica no Local de Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 06 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 06 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 06 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **RO 0000069-05.2011.5.18.0007.** Divisão de Apoio à 2ª Turma. Relator: Platon Teixeira de Azevedo Filho. Publicado em 29.06.2011. Disponível em: <www.trt18.jus.br>. Acessado em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 61300-23.2000.5.10.0013.** Órgão Judicante: Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Relator Min.: João Oreste Dalazen. Publicado Diário de Justiça em 10.06.2005. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 1461-48.2010.5.10.0003.** 3ª Turma. Relator Min.: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Publicado Diário de Justiça em 27.02.2015. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2018.

CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano de. Direitos da personalidade na relação de trabalho: meios eletrônicos no ambiente trabalho: monitoramento de e-mails e instrumentos visuais no ambiente de trabalho. **Revista Síntese:** trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 27, n. 319, p. 33-59, jan. 2016.

COELHO, Luiza Tângari. A proteção da Intimidade na Correspondência Eletrônica: Extensão da tutela da correspondência tradicional. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, pp. 355 - 395, jul./dez. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Empresa,** 3. ed. v. 8. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI SALVO, Ana Lidia; GALIA, Rodrigo Wasem. **O direito à intimidade e à privacidade de empregado frente ao poder diretivo do empregador: a (in)violabilidade do correio eletrônico.** Justiça do Trabalho, Porto Alegre, v. 33, n. 387, p. 38-58, mar. 2016.

FONTES, Edison. **Segurança da Informação: o usuário faz a diferença.** São Paulo. Editora: Saraiva, 2006.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Personalidade, privacidade, intimidade e formas de violação. In: _____. **Intimidade e privacidade do trabalhador: direito internacional e comparado.** São Paulo: LTr, 2016. p. 21-32.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**, 11. ed. rev., atual. E ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Direito do Trabalho.** 9. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** v. 1. Parte geral, 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 21ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Ensaio de Direito Civil e Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1986.

EUGÊNIO JÚNIOR, HAINZENREDER, **Direito à Privacidade e Poder Diretivo do Empregador: O uso do e-mail no trabalho.** Atlas, 06/2009.

MANTOVANI JR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. O Direito à Intimidade do Empregado e à Possibilidade do Monitoramento de e-mails por parte do

Empregador. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 73, nº 7, jul. 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. — 11. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016. — (Série IDP)

MIRANDA, Jorge (Org.). **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. São Paulo: Atlas, 2013.

MOARES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**, 33ª ed. rev. e atual, São Paulo: Atlas, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 40. ed. - São Paulo LTr. 2015.

NUNES, Rosana Marques. **A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais - SÉRIE IDP**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. — 6. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Jackson Passos. A legalidade do monitoramento de mensagens eletrônicas pelo empregador e os direitos da personalidade: um necessário diálogo

das fontes. In: ALMEIDA, Renato Rua de. (Coord.). **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 127-134.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada**, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.