

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

RENATA PASSOS PINHO

**O PODER EMPREGATÍCIO *VERSUS* O DIREITO DE PRIVACIDE**

FORTALEZA  
2006

RENATA PASSOS PINHO

## **O PODER EMPREGATÍCIO *VERSUS* O DIREITO DE PRIVACIDADE**

Monografia apresentada para a banca examinadora do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Gérson Marques.

FORTALEZA  
2006

RENATA PASSOS PINHO

**O PODER EMPREGATÍCIO *VERSUS* O DIREITO DE PRIVACIDADE**

Monografia apresentada para a banca examinadora do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Francisco Gérson Marques (Orientador)  
UFC

---

Prof. Antônio Carlos Alexandre Teixeira Filho  
FEDECT

---

Dr. Adv. Pedro Jackson Melo Colares

*Àqueles que sem a presença, força e amor não  
estaria aqui, nem em lugar nenhum: Deus,  
meus pais, irmãos e Airton.*

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, por ter permitido eu chegar aqui e por me levar sempre em Seus braços;

Aos meus pais, Gontran e Filomena, pelo amor incondicional que me dá força de ser sempre uma pessoa melhor;

Aos meus amados irmãos, Carol, Leo, Marcela, Maria e Mariana, pelo eterno apoio e carinho dedicados neste momento tão decisivo;

Ao meu querido Airton, por ter me feito analisar o tema aqui proposto de forma ampla e interdisciplinar e, sobretudo, pela felicidade que é tê-lo ao meu lado, sempre;

Ao professor Alexandre Teixeira, pela ajuda incomensurável na pesquisa, elaboração e correção do presente trabalho;

Ao amigo Pedro Jackson, pelos ensinamentos e pela honra de tê-lo como membro de minha Banca Examinadora; e

Ao meu orientador, Francisco Gérson Marques, que, a despeito das dificuldades, foi sempre solícito e compreensivo no decorrer da elaboração do presente trabalho.

*“A balança enganosa é abominação para o Senhor, mas o peso justo é o seu prazer”.*

*(Provérbios, capítulo 11, versículo 1)*

## RESUMO

O presente trabalho consiste em fornecer uma visão geral do poder empregatício e dos direitos fundamentais, bem como a sua interpretação e aplicação, de modo que, após essa análise, seja possível verificar a possibilidade de o empregador fiscalizar o *e-mail* corporativo do empregado.

**Palavras-chave:** *e-mail*, Privacidade, Limite, Poder empregatício

## **ABSTRACT**

This work consists of providing an overview of employment power and fundamental rights as well as their interpretation and enforcement, so that after this analysis, the power of employers to supervise the corporate email of employees may be verified.

**Key words:** e-mail, privacy, limits, employment power.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**CF:** Constituição Federal

**CLT:** Consolidação das Leis Trabalhistas

**INSS:** Instituto Nacional de Seguro Social

**TST:** Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA CONCRETIZAÇÃO</b> .....	<b>13</b>
2.1 Direitos fundamentais de primeira geração .....	13
2.2 Direitos fundamentais de segunda geração .....	15
2.3 Direitos fundamentais de terceira geração .....	18
2.4 Direitos fundamentais de quarta geração .....	18
2.5 A concretização dos direitos fundamentais .....	20
<b>3. PODER EMPREGATÍCIO NO CONTRATO DE TRABALHO</b> .....	<b>24</b>
3.1 Conceito .....	24
3.2 Fundamentos .....	25
3.2.1 Teoria da propriedade privada .....	26
3.2.2 Teoria institucionalista .....	27
3.2.3 Teoria do contrato .....	27
3.3 Natureza Jurídica .....	29
3.3.1 Teoria do direito potestativo .....	29
3.3.2 Teoria do direito subjetivo .....	30
3.3.3 Fenômeno de caráter senhorial/hierárquico .....	30
3.3.4 Teoria do direito função .....	21
3.4 Dimensões .....	32
3.5 Limites .....	33
<b>4 A (I)LEGALIDADE DO CONTROLE DO E-MAIL CORPORATIVO PELO EMPREGADOR</b> .....	<b>36</b>
4.1 A natureza jurídica do <i>e-mail</i> corporativo .....	37
4.2 A teoria contratualista como fundamento do poder empregatício e a fiscalização do <i>e-mail</i> corporativo .....	38
4.3 O direito à imagem do empregador e a (i)licitude da “cláusula de invasão de privacidade” .....	40
4.4 Formas paleativas de controle do e-mail corporativo .....	44
4.5 A dispensa motivada por culpa obreira .....	46
4.6 A aplicabilidade da Lei nº 9296/1996 às correspondências eletrônicas .....	49
4.7 Precedentes jurisprudenciais no Brasil .....	51
4.8 O controle da correspondência do empregado no direito alienígena .....	54
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>56</b>
<b>6 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA</b> .....	<b>58</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, ramo recente do Direito, encontra-se em clara fase de transição, pois as questões inicialmente apresentadas, como a jornada de trabalho, direito às férias, o trabalho do menor, já foram devidamente normatizadas.

Hoje, a empresa encontra-se em uma profunda renovação tecnológica, capitaneada pela microeletrônica, robotização e microinformática, ocasionando uma redução nos postos de trabalho e uma série de novas espécies de contrato de trabalho.

Na era pós-industrial, o empregador adota como instrumentos indispensáveis para a execução de um serviço rápido, econômico e eficiente, modernos instrumentos de trabalho, como a internet, o correio eletrônico, o mensagem, o *skype*.

No entanto, com a mesma velocidade que as modernas ferramentas de trabalho são postas à disponibilidade dos empregados, surgem novas questões de natureza jurídica a serem analisadas e solucionadas pelos estudiosos do direito do trabalho.

A presente monografia tem como objeto o estudo de um conflito que se faz presente na grande maioria dos contratos de trabalho da modernidade: o limite do poder empregatício de fiscalizar o *e-mail* corporativo em face do direito de privacidade do empregado.

Para a solução deste, primeiramente, será realizado um breve esboço dos direitos fundamentais e o seu modo de aplicação. Em seguida, será abordado o poder empregatício em si: conceito, fundamento, natureza jurídica, dimensões e limites. Por fim, com base nos subsídios teóricos apresentados nos primeiros capítulos, será realizada uma análise das formas de fiscalização do *e-mail* corporativo, a sua natureza jurídica, a possibilidade de inserção da “cláusula de invasão de privacidade” nos contratos de trabalho, a justa causa por uso indevido do *e-mail* corporativo, a aplicação de Lei de Interceptações Telefônicas nos contratos de emprego, mencionando-se, por fim, as decisões pátrias a respeito do assunto e o posicionamento que vêm sendo adotado pela legislação e jurisprudência alienígena.

Ao final do trabalho, pretende-se chegar a uma posição a respeito de como o empregador poderá controlar e fiscalizar o *e-mail* corporativo, sem que seu ato macule o direito de privacidade do empregado.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCRETIZAÇÃO

Para José Afonso da Silva, citado por Zeno Simm, entende-se pela expressão “direitos fundamentais do homem”:

[...] não apenas ‘os princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico’, como também, no âmbito do direito positivo, ‘aquelas prerrogativas e instituições que concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas’, sendo fundamentais porque ‘se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive’ e na pessoa humana no sentido de que ‘a todos, por igual, deve ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados’.<sup>1</sup>

A universalidade inerente aos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana manifestou-se, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, sendo expressos como direitos naturais, inalienáveis, sagrados e imprescritíveis.

O lema revolucionário da Revolução Francesa conseguiu exprimir as três gerações dos direitos fundamentais, prevendo uma universalidade material e concreta de tais direitos, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade.

### 2.1 Direitos fundamentais de primeira geração

A inversão da forma de concepção de poder político levou os pensadores do Iluminismo a buscar a fundamentação da legitimidade do poder estatal, destacando-se a teoria do contrato social, desenvolvida, de forma distinta, por Locke, Kant e Rosseau.

No contrato social de Rosseau, os indivíduos alienariam toda a sua liberdade para um corpo social, ao qual todos pertenceriam. A liberdade estaria representada por um governo em conjunto entre governantes e governados, uma vez que eles dois estariam plenamente identificados. No entanto, tal concepção abriria espaço para um absolutismo das maiorias, que poderia, facilmente, atropelar os direitos das minorias.

Já Karl Schmitt, em sua obra intitulada “Teoria da Constituição”, dizia que os

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *apud* SIMM, Zeno. In: Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revisla LTr*, v. 69, nº 11. nov, 2005.

direitos fundamentais seriam, em sua essência, os direitos do homem livre e isolado, os quais possuiria em face do Estado. O direito de liberdade seria, em princípio ilimitado diante um poder estatal de intervenção, que, por sua vez, seria limitado, censurável e controlável, de modo que as limitações dos direitos fundamentais apareceriam como exceções, estabelecendo-se, unicamente, com base em lei.<sup>2</sup>

Este raciocínio decorre do fato de que o fim do absolutismo monárquico inverteu a forma de como era concebido o poder político, o qual passou a ser analisado *ex parte populi* e não mais *ex parte principis*.

Locke, por sua vez, defendia a “liberdade dos modernos”, onde os indivíduos não alienariam todos os seus direitos, mas reteriam os direitos naturais, inatos e inalienáveis, dentre eles, o direito de propriedade, sendo a sua proteção a mais importante função estatal. Tais direitos deveriam ser respeitados pelas autoridades, sendo cabível o exercício do direito de resistência por parte do indivíduo.

Tal concepção foi a que mais se adequou ao ideário liberal, uma vez que o Estado ainda era visto como um adversário da liberdade, sendo necessário, pois, que lhe fossem impostos limites.

De qualquer forma, a despeito da tão exaltada liberdade defendida pelos iluministas, houve

[...] uma seletividade em relação às liberdades constitucionalmente garantidas, pois o mesmo legislador que protegia com unhas e dentes a liberdade de contratar, negava-se a admitir a liberdade de associação dos trabalhadores, cujos sindicatos eram postos à margem da lei e sofriam implacável repressão.<sup>3</sup>

Foi apenas com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que se possibilitou, de fato, a garantia do exercício dos direitos dos indivíduos, pois estes direitos deveriam vir dispostos na Constituição, lei escrita e superior as demais normas, a qual conteria os poderes do Estado, por meio da separação de seus poderes do Estado, há muito idealizada por Aristóteles, em “Política”, mas desenvolvida, nos moldes atuais, por

<sup>2</sup> SCHMITT, Karl *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 561.

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 23.

Montesquieu.

Sem dúvida, o controle de constitucionalidade dos atos normativos previsto nas declarações norte-americanas, foi de fundamental importância para a teoria moderna dos direitos fundamentais, pois entende que estes mesmos direitos fundamentais seriam o limite do legislador, podendo ser a sua inobservância fiscalizada pelo Judiciário.

Mister notar que a consagração da liberdade formal, da garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, constitucionalmente consagradas, eram medidas necessárias a serem adotadas pela burguesia para a sua ascensão em face da nobreza derogada. Chega-se a tal conclusão ao se constatar que, a par de a origem contratualista dos direitos humanos prever que tais direitos seriam também aplicados no âmbito das relações privadas, a doutrina liberal consolidou o entendimento que somente nas relações entre Estado e indivíduo valeria a Constituição, desempenhando o Código Civil o papel de Constituição nas relações privadas.

Felizmente, com o passar do tempo, a teoria jusnaturalista conseguiu se impor nos ordenamentos jurídicos, fazendo incidir os direitos fundamentais previstos nas Constituições tanto nas relações entre o Estado e particular, como nas relações estritamente privadas, não ficando o indivíduo limitado às disposições contratuais ou civilistas, devendo, pois, o jurista, sempre que se defrontar com situações em que uma ofensa à direitos fundamentais é imputada a um particular, ponderar, de um lado, a liberdade daquele particular que agir da forma contestada, e, de outro lado, o direito do terceiro supostamente lesado.<sup>4</sup>

## **2.2 Direitos fundamentais de segunda geração**

Levando-se em consideração o lema revolucionário francês do século XVIII, “liberdade, igualdade e fraternidade”, pode-se dizer, com firmeza, que os direitos fundamentais de segunda geração correspondem ao ideário de igualdade.

Como dito em linhas anteriores, a filosofia política do liberalismo econômico, a

---

<sup>4</sup> NOWAK, John; ROTUNDA, Roanld D. *apud* SARMENTO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 23.

qual presa pela ausência do Estado no âmbito das relações privadas, dispensou visível diferença de tratamento entre os proprietários e à grande massa proletariada, surgindo a famosa pergunta de Proudhon: “‘Où est la liberté du non propriétaire?’ (Onde está a liberdade do não proprietário?)”.<sup>5</sup>

Diante desta situação, emanaram diversos questionamentos a respeito do individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. As teorias que mais se destacaram na busca das respostas para estas indagações foi a marxista, o socialismo utópico e a doutrina social da igreja. No entanto, a despeito das diferenças existentes entre elas, um ponto é comum: a convicção de que seria necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano para se realizar o efetivo desfrute dos direitos fundamentais.

Esta extensão do exercício dos direitos fundamentais a todos os indivíduos, sobretudo aos proletariados, acarretou mudanças no *status quo*, rompendo a hegemonia política da burguesia no Parlamento.

Desta forma, na virada do século XX, o Estado Liberal foi suprimido pelo Estado do Bem-Estar-Social, no qual ocorreu a consagração constitucional de uma nova série de direitos que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação, etc.).

As idéias do economista americano John Maynard Keynes elucidam bastante este período de transição entre os dois sistemas políticos adotados pelos Estados, pois defendia que “o Estado deveria exercer um papel ativo no cenário econômico na busca do pleno emprego, condenando o credo liberal de que o mercado, relegado à própria sorte, conduziria melhor os mundos.”<sup>6</sup>

E, é neste contexto que o Direito do Trabalho desmembra-se do Direito Civil, com o objeto de proteger o empregado, parte mais fraca da relação jurídica, de seu empregador, bem como multiplicam-se as normas de direito público no âmbito das relações de Direito Privado, ampliando-se as hipóteses de limitação da autonomia da vontade das

---

<sup>5</sup> SARMENTO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 34.



partes em prol da coletividade, deixando, assim, de apenas as normas cíveis e as previsões contratuais disciplinarem as relações entre particulares.

Ademais, com todas essas mudanças no cenário econômico e social da sociedade, a simples igualdade formal prevista nas Constituições não era suficiente para garantir o efetivo exercício de tais direitos pelos indivíduos, fazendo-se, pois, necessário que os direitos fundamentais não fossem apenas “instrumentos de defesa do indivíduo contra a onipotência do Estado, ou seja, como freios e anteparos à interferência estatal ilegítima ou abusivas nas esferas de liberdade ou de autonomia”<sup>7</sup>, competência negativa do Estado, mas que assumisse a tarefa de efetivação desta igualdade no plano dos fatos, assegurando as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas por seus titulares, competência positiva.

Em verdade, foi no âmbito do Direito do Trabalho que a *horizontalização* dos direitos fundamentais encontrou ambiente propício ao seu desenvolvimento, uma vez que, pela natureza contratual da relação de trabalho, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades na medida em que se coloca a serviço do empregador, ficando subordinado ao poder empregatício deste, surgindo os direitos fundamentais do empregado como limite ao poder empregatício, todas as vezes em que o mesmo é utilizado além do aceitável e do necessário, e buscando limitar a perda das liberdades do empregado. Para a solução deste conflito de interesses deve-se buscar a conciliação dos mesmos, por meio da razoabilidade e da proporcionalidade.

A par das diferenças existentes entre o Estado Liberal e o Estado Social, importa salientar que não há qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, sendo eles apenas paradigmas de um mesmo fenômeno.

Por outro lado, se os direitos sociais não são incompatíveis com as liberdades individuais e econômicas, é inegável que a sua positivação vai gerar no mínimo certa relativização destas últimas. Assim, no Estado Social, a propriedade não vai merecer a proteção absoluta que lhe dispensava o Estado Liberal, pois será limitada e condicionada por interesses coletivos e de não-proprietários. A liberdade da empresa também vai passar a sofrer restrições mais profundas e extensas pelo poder público e o mesmo ocorrerá com tantos outros direitos individuais. Este fenômeno, em princípio natural e positivo, deve ter limites, sobretudo quando tiverem em jogo direitos da personalidade, de caráter não patrimonial, pois o esvaziamento de liberdades públicas, ainda que em nome de supostos interesses da

---

<sup>7</sup> SIMM, Zeno. *Ob. Cit.*

coletividade, importa em totalitarismo e aniquilamento da dignidade humana.<sup>8</sup>

### 2.3 Direitos fundamentais de terceira geração

Após a Segunda Guerra Mundial, as diferenças social-político-econômicas existentes entre os países desenvolvidos e os países subdesenvolvidos - lê-se, nos dias de hoje, países em estado de desenvolvimento - restou evidente.

Para superar essas diferenças, seria necessário buscar uma nova dimensão de direitos fundamentais que se preocupasse não apenas em proteger especificamente os direitos de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado, mas que fosse dotada de altíssimo teor de humanismo e universalidade, refletindo sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade.<sup>9</sup>

Desta forma, cinco direitos de fraternidade, terceira expressão do lema da Revolução Francesa, já foram identificados: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio-ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Por sua vez, Etiene-R. Mbaya afirma que a formação de novos direitos são, e serão sempre, um processo sem fim, de modo que se abrem novas regiões de liberdade a serem exploradas sempre que um sistema de direito se faz conhecido e reconhecido. Proclama ele a adequação e a propriedade de linguagem relativa ao reconhecimento de três gerações de direitos fundados no princípio da solidariedade, o qual, no atual estado de desenvolvimento do Direito, expressa-se de três maneiras:

1. O dever de todo Estado de particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação de dificuldades econômicas inclusive com o auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits); e
3. Uma coordenação sistemática de política econômica.<sup>10</sup>

### 2.4 Direitos fundamentais de quarta geração

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 39.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ob. Cit.*, p. 569.

<sup>10</sup> MBAYA, Etiene-R. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ob. Cit.*, p. 570

Ao contrário do Estado Liberal, onde a economia movimenta-se de acordo com a vontade da “mão invisível do mercado”, expressado pela célebre expressão “laissez-faire”, o Estado Social, o *Welfare State*, assumiu um compromisso com a sociedade, interferindo diretamente na economia, a fim de garantir os direitos sociais, como assistência médica de qualidade e plano de previdência social.

No entanto, dos altos valores dispensadas para o custeio das políticas sociais adotadas pelo *Welfare State*, juntamente com a expansão desordenada do Estado e a globalização econômica, decorreu a perda do domínio do Estado sobre as variáveis que influenciam a economia, deteriorando-se o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais, uma vez que o Estado perdeu a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas e de regulamentação e fiscalização de seu mercado interno.

Assim, diante deste quadro, surgiu a denominada teoria neoliberal, que, para muitos, é ainda mais cruel que o Estado Liberal, pois neste a força produtiva precisaria da mão-de-obra para a produção da *mais valia*, enquanto, no neoliberalismo, a automação ocupou o espaço do trabalhador, sobretudo do desqualificado, que passa a ter nenhuma utilidade para o capital, tornando-se simplesmente descartável.<sup>11</sup>

Felizmente, juntamente com a globalização político-econômica, desenvolve-se a teoria dos direitos fundamentais de quarta geração, sendo eles, o direito à democracia, informação e ao pluralismo.

Paulo Bonavides, com a sua reconhecida sabedoria, conclui acerca deste assunto da seguinte maneira:

Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes, como absorvem - sem, todavia, removê-la - a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentos em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais súbita eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir da asserção que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de

---

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. *Ob.Cit.*, p 46.

legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.<sup>12</sup>

## 2.5 A concretização dos direitos fundamentais

Para tratar a respeito da interpretação dos direitos fundamentais, mister faz-se, primeiramente, proceder à distinção do que vêm a ser regras e princípios.

Uma forma bastante eficiente de proceder esta distinção é levar em consideração os efeitos que cada uma dessas espécies normativas pretendem produzir e os meios utilizados para alcançá-la.

Assim, pode-se dizer que, enquanto as regras são normas que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos esses determinados e específicos, ou seja, prevêm as condutas a serem adotadas pelas pessoas, sejam elas positivas ou negativas, quando estejam diante do fato concreto, os princípios indicam efeitos relativamente indeterminados, pois, a partir de certo ponto, sua definição depende de outras considerações, bem como, embora, em determinados casos, o efeito pretendido pelo princípio seja definido, há uma multiplicidade de condutas que, em tese, podem ser possíveis e adequadas, sem que a Constituição tenha optado por qualquer delas.<sup>13</sup>

É levando em base essas considerações que o método interpretativo da subsunção do fato à norma, adotado pela Velha Hermenêutica, não pode ser utilizado nos princípios, uma vez que, na Nova Hermenêutica, inspirada em uma teoria de valores, não há subsunção, mas a concretização do princípio.

Isto é assim porque os métodos interpretativos gramatical, lógico, sistemático, sociológico e, até mesmo o método histórico, de Savigny, e teleológico, de Ihering não mais atendiam as peculiaridades imanentes aos direitos fundamentais, os quais, em sua grande maioria, não passam de princípios, que exigem, segundo Koch

[...] ‘decisões de prioridade’ ou primazia, tais como ‘entre sua pretensão de tutela (*Schutzanspruch*) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ob. Cit.*, p. 572.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto (org). A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. In: Ana Paula de Barcellos. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 73.

por via do legislador'.<sup>14</sup>

Desta forma, diante da problemática de dois ou mais princípios encontrarem-se conflitantes para a solução de um determinado caso concreto, a Nova Hermenêutica adotou o princípio da proporcionalidade, que, no dizer de Pierre Muller, haverá a sua violação com a “ocorrência do arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente, ou seja, manifesta.”<sup>15</sup>

Ana Paula de Barcellos tece comentário bastante pertinente ao lembrar que, até recentemente, a ponderação estava relacionada apenas ao conflito de dois ou mais princípios da mesma hierarquia, mas que hoje já seria possível identificá-la como uma “técnica de decisão jurídica autônoma.”<sup>16</sup>

Para ela, três etapas devem ser observadas no processo de ponderação: a primeira consiste em identificar “os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito”<sup>17</sup>; a segunda, “examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos”<sup>18</sup>; e, a terceira, examinar “conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa.”<sup>19</sup>

Atualmente muito já se escreveu e se debateu a respeito da Nova Hermenêutica, do princípio da proporcionalidade e da ponderação, restando como tema bastante relevante o estabelecimento de parâmetros de controle deste processo.

A autora supra mencionada, em artigo dedicada ao estabelecimento de parâmetros de controle da ponderação, apresenta duas formas de ponderação, a ponderação em abstrato e em concreto, e dois tipos de parâmetros, o parâmetro geral e o particular.

A ponderação em abstrato decorreria da observação e da contínua experiência

---

<sup>14</sup> KOCH *apud* BONAVIDES, Paulo bonavides. *Ob. Cit.*, p. 593.

<sup>15</sup> MULLER, Pierre *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ob. Cit.*, p. 393.

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto (org). *Ob. Cit.*, p. 56.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 57

com a interpretação e a aplicação dos dispositivos normativos, as quais produziriam uma espécie de banco de dados formado por situações de fato típicas e elementos fáticos relevantes em função dos quais seria possível, independentemente de um caso concreto real, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor um parâmetro específico de solução. A este respeito, ela cita o seguinte exemplo: grupo de professores que se encontram para debater o conflito entre a liberdade de informação e de imprensa *versus* intimidade, honra e vida privada, chegando a conclusão pré-fabricada que, se a informação for verdadeira e obtida de forma lícita e envolver a prática de crime, o particular não poderá impedir a sua divulgação invocando a proteção à intimidade.<sup>20</sup>

Por sua vez, o parâmetro geral decorreria de construções de metodologia jurídica e não estariam ligados a qualquer circunstância de fato particular, servindo ao aplicar como referência para a solução de qualquer conflito. Os dois parâmetros gerais seriam a preferência das regras (constitucionais e infraconstitucionais) sobre os princípios e a preferência das normas constitucionais relacionadas com os direitos fundamentais e com a dignidade humana sobre as demais.<sup>21</sup>

Por sua vez, para Daniel Sarmiento, no processo de ponderação na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, primeiramente, deveria ser analisada a existência e o grau de desigualdade fática entre os indivíduos, devendo haver uma relativização da autonomia privada sempre que diante de uma relação não paritária, ressaltando que as questões existenciais mereceriam maior proteção que as questões onde interesses meramente econômico-patrimoniais estivessem em jogo. Para ele:

[...] o peso da autonomia, na ponderação de interesses, tende a ser maior, sobretudo quando se tratar de uma relação paritária, em que não se presume a falta de liberdade formal no ato de renúncia ao exercício do direito fundamental. [...] Sem embargo, nesta matéria é incontroversa a existência de, no mínimo, dois limites muito claros que têm de ser respeitados: a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre, o que quase nunca ocorre nas relações privadas assimétricas, em que o consentimento do ofendido em regra de condicionamentos heterônomos. Além disso, a renúncia ao exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo.<sup>22</sup>

Para concluir a respeito da ponderação de interesses normativos contrapostos,

---

<sup>20</sup> *Ibem*, p. 60.

<sup>21</sup> *Ibem*, p 61.

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 311.

vale transcrever as palavras do mestre espanhol *Valdés Dal-Ré*, em relação a harmonização dos interesses conflitantes do empregado e do empregador, quanto ao poder empregatício deste e os direitos fundamentais daquele:

a) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é absoluta, mas limitada; há uma colisão entre direito de liberdade do trabalhador e o poder empresarial, que se soluciona pelo critério da ponderação (critério usado para conflito entre normas fundamentais); um direito fundamental só se sacrifica por outra norma fundamental.

b) não há colisão, mas modulação, porque os direitos dos trabalhadores não se sobrepõem, mas é caso de expressão da autonomia da vontade; a técnica é de coordenar os direitos em conflito, delimitando o conteúdo do direito fundamental constitucionalmente protegido; deve-se contratualizar o direito fundamental, dentro do princípio da autonomia da vontade; e o problema se resolve no âmbito contratual, com a aplicação do princípio da boa-fé.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> SIMM, Zeno. *Ob. Cit.*

### 3 O PODER DO EMPREGADOR NO CONTRATO DE TRABALHO

O fenômeno do poder, quer compreendido em uma relação estritamente interindividual, quer em uma dimensão que englobe diversos grupos sociais, não é um instrumento moderno de nossa civilização. Na verdade, é ele um dos mais recorrentes e relevantes fenômenos na experiência histórico-social do homem.

Desde os primórdios, na Antiguidade Romana, a direção, o poder político e jurisdicional da família era de exclusividade do *pater familias*, sequer penetrando a ordem jurídica do Estado nos limites do *domus*. Passando pela Era Medieval, as marcas da sujeição restam claras ao se verificar a submissão pessoal do servo ao senhor feudal, dono das terras e dos instrumentos de trabalho. No regime liberal, por sua vez, a ausência do Estado a regulamentar as relações entre os trabalhadores e os detentores de capital, deu a estes amplos poderes de direção.

No entanto, foi exatamente diante desse poder exacerbado e ilimitado imposto pelos grandes industriais que teve nascimento o Direito do Trabalho, uma vez que, a despeito do controle estar sempre em mãos da minoria privilegiada, foi apenas durante o século XIX que um conjunto de fatores econômicos, sociais e políticos combinaram-se de forma tal a dar surgimento a esta nova classe social juridicamente organizada, a dos empregados.

E é exatamente no contexto empregatício que irá se manifestar uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo, pois é com o reconhecimento de ser a relação de emprego o mais importante tipo de relação de trabalho que irá despontar a importância que tem o conhecimento acerca do poder empregatício para compreensão da atual sociedade, haja vista que o poder empregatício cumpre imprescindível papel na construção de um processo democrático na sociedade.

#### 3.1 Conceito

Alice Monteiro de Barros não conceitua o que vem a ser poder empregatício, afirma, apenas, que “A autoridade do empregador exterioriza-se pelo poder de direção e



torna-se efetiva pelo poder disciplinar.”<sup>24</sup>

Amauri Mascaro Nascimento denomina o poder exercido pelo empregador de *poder diretivo*, conceituando-o como “(...) a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”<sup>25</sup>, desenvolve-se este poder diretivo em tríplice dimensão, “(...) o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.”<sup>26</sup>

Por sua vez, Maurício Godinho Delgado entende que aquilo que os autores acima citados consideram referências autônomas das formas de expressão do poder exercido pelo empregador “(...) são diversas fases de um mesmo fenômeno, quais sejam, poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar (...)”<sup>27</sup>, arriscando, sem medo, conceituar poder empregatício como:

[...] conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas nas mãos do empregador, para o exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas ou respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviço.<sup>28</sup>

A doutrina já se utilizou da denominação poder hierárquico para se referir, ao hoje denominado, poder empregatício. No entanto, por evocar uma lembrança severa, incompatível com o processo intra-empresarial de poder, deixou de ser utilizada.

### 3.2 Fundamentos

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regra jurídica expressa que faça referência ao poder empregatício. Assim, o seu fundamento legal deverá ser buscado por meio de vias indiretas ou implícitas nas diversas normas trabalhistas.

Entre estas normas, a que merece maior destaque é o preceito contido no art. 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), o qual dispõe que “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite,

<sup>24</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 554.

<sup>25</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso do Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 433.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 433.

<sup>27</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2004, p. 629.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 629.

assalariado e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Outros preceitos que, de algum modo, prevêm o poder diretivo do empregador, por meio do exercício do *jus variandi* empresarial, são os seguintes: possibilidade de retorno do empregado em cargo de confiança ao cargo que anteriormente ocupara (art. 468, parágrafo único, CLT); alteração do horário de trabalho, no caso de empregado que prestava serviço à noite e passa a trabalhar durante o dia, conforme Súmula 265, do Superior Tribunal do Trabalho (TST); prorrogação da jornada de trabalho em virtude de paralisações (art. 61, parágrafo 3º, CLT); readaptação de empregado que tenha deficiência física ou mental atestada pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) (art. 461, par. 4º, CLT); transferência de empregado nos casos de extinção de estabelecimento ou no exercício de cargo de confiança (art. 469, parágrafos 1º e 2º), dentre outros.

Na doutrina, por sua vez, podem ser encontradas as três principais correntes utilizadas para fundamentar o poder empregatício: a teoria da propriedade privada, a teoria institucional e a teoria contratual.

### 3.2.1 Teoria da propriedade privada

A primeira teoria, a da propriedade privada, é a mais antiga, remontando aos primórdios do direito do trabalho. Nela, o poder do empregador reside no fato de ser a empresa objeto de direito de propriedade, podendo o empregador dirigi-la da forma que julgar mais conveniente, pois é ele o seu dono.

Sobre a teoria privatística do poder empregatício, Paul Durand e Jausaud comentam que “O direito de direção expressa o estado de subordinação do assalariado, que é elemento característico das relações de trabalho. Ele constitui uma prerrogativa natural do empregador e não tem de ser formalmente previsto pelo contrato de trabalho (...).<sup>29</sup>

Embora tenha tido numerosos defensores no decorrer da História, havendo quem até hoje a adote, a teoria privatística não exprime com fidelidade o fundamento jurídico do poder intra-empresarial. Três são as principais razões que podem ser apresentadas para fundamentar o ora alegado. Primeiramente, porque cai em um sério reducionismo ao igualar

---

<sup>29</sup> DURADO, Paul; JAUSAUD, 1947 *apud* DELGADO; Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 639.

situações e relações sumamente diversas, como a relação servil, escravagista e empregatícia. Segundo, tal concepção não leva em consideração o ser coletivo obreiro, como as comissões obreiras, delegados sindicais, comissões paritárias intra-empresariais, reduzindo o poder empregatício a um conjunto de prerrogativas unilaterais emenadas pelo proprietário dos meios de produção. E, por fim, a teoria privatística, em muitos casos, não se enquadraria, sob nenhum aspecto, nas empresas contemporâneas em que a titulariedade do empreendimento não repousa nas mãos dos titulares do direito de propriedade.<sup>30</sup>

### 3.2.2 Teoria institucionalista

Juntamente com o nascimento das teorias nazi-facistas e ao organicismo, surge, no Direito do Trabalho, o institucionalismo como fundamento do poder empregatício.

Foi Luiz José de Mesquita quem realizou a maior exposição a respeito desta teoria no Brasil, valendo destacar o seguinte trecho de sua obra:

Visto do lado institucional esse direito - poder empregatício - encontra fundamento no interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de atingir um bem comum de ordem econômico-social. A ordem na organização técnica da produção e na administração interna da empresa exige uma direção neste sentido.<sup>31</sup>

Da mesma forma que a teoria privatística, a institucionalista também não exprime com fidelidade o fundamento do poder empregatício, uma vez que se apresentava mais como uma justificadora para o exercício arbitrário do poder empresarial, a fim de garantir uma situação assimétrica e despótica, sob o falso argumento da “necessidade de conservação da empresa e direção dela para a sua finalidade econômico-social”<sup>32</sup>, negando o caráter dialético da relação de emprego, sobretudo por dissimular a presença dos sujeitos envolvidos na relação, através da idéia de instituição, supostamente agregadora de vontade e interesses próprios.<sup>33</sup>

### 3.2.3 Teoria do Contrato

<sup>30</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 640.

<sup>31</sup> MESQUITA, Luiz José *apud* Idem. *Ob. Cit.*, p. 641.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 641.

<sup>33</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Ob.Cit.*, p. 641.

Hoje, a teoria adotada de forma praticamente unânime pelos doutrinadores é a contratual. Aqui, o poder empregatício seria uma consequência direta e imediata do contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador, no qual, ficaria a cargo deste a organização e a disciplina do trabalho realizado, restando àquele uma contraprestação mensal (salário). Seria, ainda, por meio deste contrato que o empregado se subordinaria ao empregador.

No entanto, a subordinação aqui prevista nada tem a ver com uma dependência econômica do empregado frente ao empregador, defendida por aqueles que dizem que na relação de emprego há uma hierarquia rígida e assimétrica, tampouco se refere a uma subordinação técnica que, por sua vez, seria o monopólio do conhecimento do processo de produção pelo empregador.

Trata-se, na verdade, de uma subordinação jurídica, ou seja, é uma “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”.<sup>34</sup> Constata-se, pois, que essa subordinação jurídica é objetiva, quer dizer, a subordinação atua sobre o modo de realização da prestação, e não sobre a pessoa do empregador (visão subjetiva), uma vez que esta visão subjetiva seria incapaz de captar a presença da subordinação nos casos de trabalhadores intelectuais e altos funcionários.

Ademais, a teoria contratualista supera as demais porque, devido a sua amplitude, pode abranger tanto as situações de emprego mais assimétricas, hierárquicas e unilaterais, como as existentes nos primórdios do Direito do Trabalho, como as relações mais modernas e paritárias, como no caso já citado dos altos funcionários. Soma-se, ainda, que essa teoria leva em consideração o ser coletivo obreiro, pois o contrato firmado entre empregado e empregador pode sofrer a sua interviniência, através de suas múltiplas formas de manifestação e atuação, como as comissões internas, negociações coletivas e diversas outras modalidades de manifestações.

Na verdade, é na teoria contratualista que o Estado Democrático de Direito manifesta-se no interior das empresas, garantindo a participação do empregado na contratação, sobretudo a interviniência do ser coletivo obreiro na dinâmica da empresa. A este

---

<sup>34</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro 1989 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 302.

respeito, Godinho Delgado tece o seguinte comentário:

É evidente que essa maior complexidade e dinamismo do contrato de emprego apenas manifesta-se depois de superada a fase extremamente assimétrica e verticalizante que caracteriza as relações trabalhistas no período inicial do sistema industrial moderno (a teoria econômica do século XIX chegou a chamar de *depotismo de fábrica* o tipo de organização intra-empresarial naquele período). À medida que se superou (ou se supera) essa fase extremamente verticalizante e assimétrica de exercício de poder, tal característica singular tende, cada vez mais, a acentuar-se, como ocorre hoje com o processo de democratização do espaço interno do estabelecimento e da empresa, através da participação do ser coletivo, quer pelos instrumentos de negociação coletiva, quer pelos instrumentos de representação operária nos locais de trabalho (processo ainda tímido, no Brasil, é bem verdade. (grifos do autor)<sup>35</sup>

### 3.3 Natureza jurídica

São quatro as vertentes que a doutrina costuma apresentar para explicar a natureza jurídica do poder empregatício, quais sejam: direito potestativo, direito subjetivo, fenômeno de caráter senhorial/hierárquico e poder como direito-função. As três primeiras apresentam apenas uma tênue diferença, uma vez que todas elas realizam uma leitura bastante assimétrica do poder empregatício, depositando no empregador o seu titular quase absoluto.

#### 3.3.1 Teoria do direito potestativo

A explicação do poder empregatício com base no direito potestativo foi bastante utilizada no século XIX e na primeira metade do século XX, onde a soberania da vontade do particular fazia-se valer frente a qualquer contexto social, sobretudo frente aos interesses dos trabalhadores das grandes fábricas, conferindo formalização jurídica a um verdadeiro *depotismo de fábrica* (expressão utilizada pelos autores da época). Para Maurício Godinho Delgado, o direito potestativo, como natureza jurídica do poder empregatício, conceitua-se como “a prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade. O poder, em suma, de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e autônomo.”<sup>36</sup>

A soberania da vontade do empregador na relação de empregado, sem a possibilidade de qualquer abertura para a participação do empregado ou do ser coletivo

<sup>35</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 644.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 649.

obreiro na dinâmica da empresa, sobretudo com o advento das experiências democráticas que passaram a surgir no século XX, minaram com adoção de tal teoria como natureza jurídica do poder empregatício, surgindo, assim, uma teoria alternativa, a teoria do direito subjetivo.

### 3.3.2 Teoria do direito subjetivo

Bastante tênue é a diferença entre a teoria acima comentada e a aqui apresentada. Consiste esta na “prerrogativa conferida pela ordem jurídica ao titular no sentido de agir para a satisfação de interesse próprio em estrita conformidade com a norma ou cláusula contratual por esta protegida. Contrapõe-se a uma *obrigação*.”(grifo do autor)<sup>37</sup>

Desta forma, o limite do poder empregatício estaria compreendido no título jurídico que ligou as partes, quer seja o contrato, quer seja uma regra, havendo, assim, uma redução na vontade soberana do empregador.

Esta teoria, assim como a anterior, não se apresenta adequada ao moderno quadro juslaboral, pois não possibilita a participação do empregado ou do ser coletivo obreiro, em qualquer de suas formas, no desenvolvimento das atividades empresariais.

### 3.3.3 Fenômeno de caráter senhorial/hierárquico

A presente vertente muito tem em comum com a teoria que defende a instituição como fundamento do poder empregatício, outrora analisada. Constroi-se, sobretudo, a partir da perspectiva teórica que considera a natureza hierárquica inerente à estrutura diferenciada da empresa.

A instituição, que seria uma “idéia-ação”, prevaleceria sobre o empregado e o empregador, sob uma falsa busca do equilíbrio econômico-social. No entanto, o que ocorria na verdade, era a submissão hierárquica do empregado, que se encontrava envolvido em uma relação rígida, unilateral e verticalizante do poder intra-empresarial.

É evidente que, nos dias de hoje, as teorias aqui apresentadas não podem ser adotadas para explicar a natureza jurídica do poder empregatício, uma vez que não se coadunam

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 650.

com um estado democrático, em que há uma busca incessante para a maior participação obreira na empresa, seja por meio de delegados obreiros internos à empresa, comissões internas e diversas outras formas de manifestações da vontade coletiva dos trabalhadores.

### 3.3.4 Teoria do direito função

Os doutrinadores que buscam no direito-função a explicação para a natureza jurídica do poder empregatício defendem que o poder atribuído ao titular da empresa deve ser utilizado para buscar não a satisfação de seu exclusivo interesse, mas deve ter em vista o interesse de toda a comunidade dos trabalhadores contratados, em outras palavras, o poder deveria ser utilizado para a satisfação de interesse alheio ao invés da satisfação dos interesses próprios do empresário, sendo quase um direito de exercer o poder para fins puramente altruístas.

Maurício Godinho Delgado tece fortes críticas a este posicionamento. Acredita ele que o conceito de direito-função aplicado nas relações de emprego é uma concepção de nítido momento de transição. Seria, assim,

Uma concepção que reconhece a existência do novo (a interação dialética na dinâmica do poder intra-empresarial), mas confere-lhe uma leitura a partir do marco elétrico tradicional. Sensibiliza-se com o novo, mas não lhe compreende (ou não lhe quer conferir todo o sentido da extensão).<sup>38</sup>

Propõe, assim, a “A Teoria da Relação Jurídica Contratual Complexa”, na qual o poder intra-empresarial não seria uma relação contratual estanque, mas complexa, variável de acordo com o peso e o interesse de seus sujeitos componentes da relação, seria, pois, uma “Relação jurídica contratual complexa, plástica e de assimetria variável entre empregador e empregado, considerados em sua projeção individual e coletiva, mediante a qual prevêm, alcançam ou sancionam condutas no plano do estabelecimento e da empresa.”<sup>39</sup>

Pela primeira vez, surgiu uma teoria para natureza jurídica do poder empregatício que explicaria satisfatoriamente a emergência da participação democrática obreira no estabelecimento e na empresa, uma vez que hoje se preza pela ampla participação do empregado, na organização do estabelecimento e da empresa, sobretudo quando

<sup>38</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 654.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 657.

coletivamente organizado, sendo tal participação constitucionalmente prevista, como, por exemplo, o art. 7º, XI, da Constituição Federal.

### 3.4 Dimensões

Como já esboçado em linhas anteriores, há discordância doutrinária quanto à classificação dos poderes, ou seja, se seria o poder diretivo, o poder disciplinar, o poder regulamentar e o poder fiscalizatório, dimensões de um mesmo fenômeno, qual seja, o poder empregatício, ou se seriam eles disciplinas autônomas.

Para Godinho Delgado, o poder diretivo seria o mais amplo e importante dos poderes empregatícios, sendo por meio dele exteriorizado. Luiza Riva Sanseverino define o poder diretivo do empregador como o poder “...de determinar as regras de caráter predominante técnico-organizativas que o trabalhador deve observar no cumprimento da obrigação.”<sup>40</sup>

O Poder Disciplinar é a “capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato.”<sup>41</sup> Em sua aplicação, deverão ser sempre observados os requisitos objetivos (a tipicidade da conduta obreira e a sua gravidade), os requisitos subjetivos (autoria obreira da infração e o seu dolo ou culpa com respeito a conduta praticada) e os requisitos circunstanciais (nexo causal, adequação, proporcionalidade, ausência de perdão tácito, singularidade da punição, etc.).

Por sua vez, o poder regulamentar consiste no “conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”<sup>42</sup>, sendo, através dele que se manifesta a autoridade empresarial.

Desta forma, as determinações emanadas do empregador devem ser observadas pelos empregados, sob pena de estes incidirem no previsto no art. 482, h, da CLT, ou seja, em

---

<sup>40</sup> SANSEVERINO, Luiza.Riva *apud* GODINHO DELGADO; MAURÍCIO. *Ob. Cit.*, p. 207.

<sup>41</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Ob. Cit.*, p. 579.

<sup>42</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 632.



ato de indisciplina ou insubordinação, sem prejuízo de tal conduta encontrar-se tipificada em outros preceitos também previstos no art. 482, da CLT. Vale observar, no entanto, que o empregador, frente a uma norma abusiva, poderá exercer o *jus resistantiae*, chegando, até mesmo, a determinação de tal norma ser motivo para a rescisão contratual por culpa do empregador (art. 483, da CLT).

Por fim, o poder fiscalizatório, a mais importante das dimensões do poder empregatício para o desenvolvimento do presente trabalho. Aqui, estaria presente todas as medidas adotadas pelo empregador a fim de acompanhar tanto a prestação do trabalho, como efetuar uma efetiva vigilância do espaço interno do estabelecimento, incluindo, assim, as revistas, o circuito interno de televisão, prestação de contas, controle de acessos à internet e sites, sendo, exatamente neste contexto, que se manifesta o direito à intimidade do empregado, como direito de personalidade.

### 3.5 Limites

Como é de se esperar, o poder empregatício, tanto em seu sentido *latu*, como nas diversas formas de suas manifestações, não é ilimitado, nem o poderia ser.

A ordem jurídica brasileira, a despeito de não ter normas muito claras a respeito do limite do poder empregatício, como já existente em outros ordenamentos jurídicos, inspirada na valorização do trabalho e na dignidade da pessoa humana, prevê diversas regras impositivas que impedem o exercício exacerbado deste poder, de forma a agredir a liberdade e a dignidade básica do empregado.

Primeiramente, vale destacar que, logo no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, há a previsão da construção de um Estado Democrático de Direito, voltado para “[...] 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, fundada na harmonia social...”.

Logo em seguida, prevê a Constituição Federal a igualdade de todos perante a lei, a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*), a não submissão de ninguém “à tratamento desumano ou degradante” (art. 5º,

III), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, “assegurado o direito de indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação” (art. 5º, X), dentre outras.

Este limite não se encontra insculpido apenas nas normas-princípios da Carta Magna, mas espessados pelo texto celetistas, *e.g.*, vedação expressa de revistas íntimas em trabalhadoras (art. 373 - A, da CLT) e proibição de exame de gravidez admissional com intuito discriminatório (art. 1º, da Lei 9.029/95), nos acordos e convenções coletivas e demais normas trabalhistas.

A doutrina também vem cumprindo seu papel, enumerando alguns princípios e normas básicas para a limitação do poder empregatício. Neste sentido, para Carlos Henrique da Silva Zangrando, tais princípios limitadores são os seguintes:

- a) as circunstâncias não diretamente atinentes e, em geral, as atividades estranhas ao trabalho refogem ao poder hierárquico;
- b) fora do local de trabalho não existe vínculo de subordinação;
- c) a rigidez do poder diretivo se atenua quando aumenta a intelectualidade da prestação do serviço;
- d) o empregado é titular de um certo *jus resistentiae*, podendo-se recusar-se a cumprir uma ordem quando, por exemplo, acarretar grave perigo; for manifestamente ilegal; for de difícil ou impossível execução; quando for totalmente alheia ao serviço para os quais foi contratado; ou ainda quando o empregador se utiliza ilegitimamente do poder empregatício.<sup>43</sup>

Ainda quanto às revistas íntimas, Alice Monteiro de Barros, tece o seguinte comentário:

Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, por meio de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros). [...] Constrangedores são, ainda, as revistas nas bolsas, carteiras, papéis, fichários do empregado, ou espaços a ele reservados, como armários, mesas, escrivaninhas, escaninhos e outros, que se tornam privados por destinação. A partir do momento em que o empregador concede ao obreiro espaços exclusivos, obriga-se, implicitamente, a respeitar a sua intimidade.<sup>44</sup>

Já em relação à fiscalização por meio de instrumentos visuais, a legislação não a proíbe, podendo, até mesmo, constituir-se em um poderoso instrumento probatório, respeitando-se, por óbvio, os locais que são privados por natureza ou se destinam ao descanso

<sup>43</sup> ZANGRANDO, Carlos Henrique Silva 2000 *apud* SILVA, Leda Maria Messias da. Dano Moral: Direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. São Paulo: *Revista LTr*, v. 69, nº 4, abril, 2005.

<sup>44</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Ob. Cit.*, p. 560 e 564.

do empregado.<sup>45</sup>

Assim, sem medo de cair em erro, pode-se dizer que todos os limites do poder empregatício encontram respaldo na dignidade da pessoa humana, prevista, constitucionalmente, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, III, o qual, sob o ângulo do Direito do Trabalho, visa proteger, sobretudo, o direito de personalidade do empregado, englobado o direito de privacidade e de intimidade.

Portanto, quando o constituinte originário previu que seria “...inviolável o sigilo de 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” (art. 5º, XII, CF), estava criando meios de proteger a privacidade e a intimidade das pessoas.

A respeito do sigilo de correspondência do empregado, o TST proferiu, recentemente, a primeira decisão a respeito do controle da correspondência eletrônica do empregado pelo empregador.

No entanto, a despeito das várias críticas e comentários incidentes sob esta decisão, muitos pontos ainda precisam ser comentados, sendo necessário que se proceda a uma leitura mais profunda e sistemática dos interesses em questão.

---

<sup>45</sup> “PODER DISCIPLINAR. ABUSO. FISCALIZAÇÃO COM APARELHO DE TV EM CIRCUITO FECHADO. Não pratica abuso de direito o empregador que, na busca da melhor produtividade, coloca circuito fechado de televisão, com o intuito de fiscalizar os empregados e o andamento dos serviços.”. (TRT - CP - RO 2.217/89 - Rel. Juiz Antônio Mazzuca - 4ª T. - AC. 10. 767/89)

#### **4 A (I)LEGALIDADE DO CONTROLE DO E-MAIL CORPORATIVO PELO EMPREGADOR**

As inovações tecnológicas, os modernos meios de comunicação, a relativização dos limites de tempo e espaço, a massificação das informações, a globalização, não poderiam deixar de influenciar os contratos empregatícios.

Na era pós-industrial, para a prestação de um serviço rápido, econômico, eficiente, a utilização dos modernos instrumentos de trabalho, como a internet, o correio eletrônico, o *msn*, o *skype*, são indispensáveis.

No entanto, com a mesma velocidade que as modernas ferramentas de trabalho são postas à disponibilidade dos empregados, surgem novas questões de natureza jurídica a serem analisadas e solucionadas pelos estudiosos do direito do trabalho.

Em relação ao correio eletrônico, ao mesmo tempo que o empregador é o proprietário do instrumento de trabalho, o detentor do poder empregatício, o responsável pelos danos causados a terceiros praticados por seus empregados em horário de trabalho, bem como tem o direito de ter a sua imagem preservada, ao empregado é garantido o sigilo de correspondência, a intimidade e, acima de tudo, a proteção de sua dignidade.

Ressalta-se que, a par de o direito à intimidade e a privacidade serem expressões do direito de personalidade, previsto no art. 5º, X, da CF, tratam de coisas distintas, visto que o direito à intimidade trata de fatos da vida pessoal do sujeito de direito, fatos esses que podem ser desconhecidos mesmo para seus familiares mais próximos e amigos, como a opção sexual, doenças, amores, vícios. Por sua vez, o direito à privacidade refere-se às relações entre o indivíduo e seus familiares ou terceiros, como, por exemplo, obter informações sobre o saldo bancário do empregado.<sup>46</sup>

Alexandre Agra Belmonte sintetiza de forma bastante clara e objetiva os principais posicionamentos em relação da fiscalização do e-mail do empregado, nos seguintes termos:

---

<sup>46</sup> SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador - abrangência e limitações. *Revista Ltr.* v.. 70, nº 01, jan, 2006.

a) o de quem entende que, com fundamento na propriedade privada, o empregador pode verificar à vontade os *e-mails* dos empregados; b) o de quem acredita que, baseado no direito à intimidade e na vedação decorrente da inviolabilidade das comunicações, o empregador não pode violar os *e-mails* dos empregados; c) o de quem acredita que, resolvendo a colisão entre a propriedade privada e a intimidade por meio do respeito à dignidade do trabalhador: c.1) é possível monitorar o trabalho eletrônico do empregado para a verificação se não está havendo utilização para fins estranhos ao serviço, desde que o empregador dê prévia ciência ao empregado; c.2) é possível estabelecer um padrão razoável de vigilância, de maneira a permitir-se a utilização do correio eletrônico nos intervalos do serviço e considerar vedada a utilização em serviço somente se houver prévia comunicado ao empregado da vigilância.<sup>47</sup>

Desta forma, mister faz-se proceder a um sopesamento entre os interesses e direitos garantidos ao empregado e ao empregador, acima apresentados, de modo que se verificar qual a melhor posição a ser adotada pela sociedade, tendo sempre em vista que “sonegar direitos é diminuir do homem a sua verdadeira condição de postular uma vida que lhe garanta viver de forma satisfatória em toda a sua integridade. A pessoa humana deve ser elemento central do desenvolvimento econômico”.<sup>48</sup>

Todos os elementos apresentados no desenvolvimento deste trabalho foram informados de forma a servir de fundamentação para o que ora será analisado, uma vez que a aplicação e a interpretação dos direitos aqui em conflito só poderão ser profundamente analisados se for levado em consideração o fundamento e a natureza jurídica do poder empregatício, os limites deste poder, bem como a correta aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

#### **4.1 A natureza jurídica do *e-mail* corporativo**

O *e-mail* é um dos instrumentos de comunicação que mais tem sido utilizado nos últimos tempos. Seja devido à grande troca de informações realizadas entre os empregados ou entre estes e terceiros, seja por estratégia de *marketing* ou por razões outras, muitas empresas têm-se utilizado de suas benesses, adotando, na maioria das vezes, servidor próprio.

Diferentemente do *e-mail* particular do empregado, o qual tem natureza estritamente pessoal, podendo ser violado somente mediante prévia autorização judicial,

<sup>47</sup> BELMENTE, Alexandre Agra. Controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. *Revista Ltr*, v. 68. n° 9, set, 2004.

<sup>48</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos humanos e dignidade da pessoa humana no direito do trabalho brasileiro. *Síntese Trabalhista*, ano XVII, n° 197, nov, 2005.

para investigação criminal e instrução processual, grandes discussões surgem acerca da natureza jurídica do *e-mail* corporativo.

No entanto, essa discussão pode ser dissipada ao se verificar que o *e-mail* corporativo, assim como o telefone, o fax, o carro, os papeis, é mais um instrumento de trabalho posto à disposição do empregado, a fim de maximar a eficiência e a qualidade da prestação dos serviços, conforme a previsão do art. 458, § 2º, inc. I, CLT.

Desta forma, pode-se dizer que o *e-mail* corporativo tem natureza de instrumento de trabalho, logo, de propriedade do empregador, até porque também é deste a propriedade do servidor onde o mencionado *e-mail* encontra-se hospedado.

Assim, tendo *e-mail* corporativo natureza de instrumento de trabalho, poderia o empregador, sob tal fundamento, fiscalizar, controlar, dispor, da forma que lhe convier, sempre que a sua imagem, honra e boa fama estivessem ameaçadas? Para tanto, seria necessário que o empregado fosse informado de que o *e-mail* corporativo seria de uso exclusivo para a execução de seus serviços? Nos itens seguintes, busca-se reponder a estas indagações.

#### **4.2 A teoria contratualista como fundamento do poder empregatício e a fiscalização do *e-mail* corporativo**

Como dito no segundo capítulo deste trabalho, ao longo da História do Direito do Trabalho, o poder empregatício encontrou fundamento em três teorias. A primeira teoria, fruto de um ideário liberal, onde os direitos fundamentais não incidiriam nas relações privadas, fundamentava o direito do trabalho na propriedade privada. Assim, pelo simples fato de ser o titular dos meios de produção, poderia o empregador exercer o poder empregatício ilimitadamente.

Já para a segunda teoria, a institucionalista, o poder empregatício teria o seu fundamento na busca de se atingir o bem comum da ordem econômico-social da empresa.

No entanto, a teoria que hoje é a adotada para fundamentar o poder empregatício é a teoria contratualista, que consiste em trocas mútuas: o empregado presta seus serviços

em troca de uma contraprestação mensal (salário), subordinando-se juridicamente ao empregador, ficando este encarregado da organização e disciplina do trabalho realizado, tendo o empregador como limite as normas legais e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Assim, estando superada a teoria da propriedade privada como fundamento do poder empregatício, a linha de argumentação daqueles que afirmam que é na propriedade dos instrumentos de trabalho que se encontra a razão da fiscalização formal (bloqueio de *sites*, controle de programas) e material (conteúdo) dos *e-mails* do empregado está superada.

De qualquer forma, há ainda quem diga que a fiscalização do *e-mail* corporativo com base no direito de propriedade não seria em decorrência do fundamento do poder empregatício, mas tendo em vista a garantia constitucional do direito à propriedade.

Analisando a possibilidade da fiscalização material do *e-mail* corporativo sob tal perspectiva, seria necessária a ponderação dos interesses conflitantes, quais sejam, o direito de privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador.

Nenhum direito fundamental é absoluto. Todos deverão ser analisados de acordo com o caso concreto apresentado e, em caso de verificação de um conflito, o intérprete deverá ser razoável, aplicando o princípio da proporcionalidade, de modo que se garanta a máxima concretização de cada um deles.

Ao empregador, cabe o risco do empreendimento, salvo as poucas exceções previstas na CLT, incumbindo a ele adotar as medidas necessárias de controle de seus bens. Não seria razoável que o empregador adotasse medidas de vistoria íntima, introduzisse fiscalização visual em banheiros ou refeitórios ou “grampeasse” o telefone de seus funcionários como meio de proteção de seus bens.<sup>49</sup>

Esses exemplos, pela similitude que tem com o caso da fiscalização do *e-mail* corporativo pelo empregador, ou seja, por terem situações de fato típicas e elementos fáticos relevantes bastante semelhantes, poderiam ser considerados como um parâmetro geral de

---

<sup>49</sup> Remetemos o leitor ao Capítulo 2, item 2.5, o qual trata sobre os limites do poder empregatício.

solução, conforme os ensinamentos de Ana Paula de Barcelos.

Assim, como nos casos anteriores, aqui, o princípio da privacidade estaria protegendo um interesse maior, o direito de personalidade, a dignidade da pessoa do empregado, devendo ser o direito de propriedade do empregador ser exercido com limites, a fim de não macular a privacidade do empregado. Ademais, formas paleativas de controle podem ser adotadas pelo empregador, de modo a continuar a exercer, com sucesso, o seu direito de propriedade.

Por outro lado, imagine-se o caso de um gerente de um banco responsável pela mesa de valores. As informações que o empregado tem do domínio são sigilosas, a vazão de uma dessas informações poderá gerar sérios danos ao empregador, as ordens determinadas por este gerente, como o caso de uma compra e venda indevida, poderá gerar prejuízos na ordem de milhões para o empreendimento. Neste caso, o direito de privacidade do empregado deverá sucumbir em face do direito de propriedade do empregador.

Assim, verifica-se que a ponderação dos interesses deve ser feita caso a caso, devendo os parâmetros gerais de ponderação ser utilizados somente quando os interesses conflitantes são os mesmos, uma vez que solução diversa poderá ser apresentada quando os mesmos interesses, apresentados em outra roupagem estejam em jogo, bem como quando os interesses sejam diferentes, como no caso do conflito entre o direito à imagem, honra e boa fama do empregador em face do direito de privacidade do empregado.

#### **4.3 O direito à imagem do empregador e a (i)licitude da “cláusula de violação de privacidade”**

Quatro são os elementos jurídico-formais do contrato de trabalho: capacidade das partes, licitude do objeto, forma prescrita e não defesa em lei e a higidez na manifestação da vontade, sendo este o elemento mais importante para a solução da questão aqui apresentada.

Em verdade, pouca é a relevância que se dá à higidez da manifestação de vontade do empregado no Direito do Trabalho, uma vez que o contrato de emprego é um enfático contrato de adesão, para cujo conteúdo, a rigor, o empregado pouco contribui.



Contudo, o empregador não poderá redigir contrato em que o empregado renuncie seus direitos, sendo o ato da renúncia, em si, sumariamente repellido pela normatividade trabalhista imperativa (art. 9º e 444, da CLT) e pelo princípio da indisponibilidade.

Desta forma, sendo a proteção à dignidade da pessoa humana regra imperativa do Direito do Trabalho, as cláusulas contratuais que a ela forem de encontro serão, em regra, nulas de pleno direito. Por sua vez, sendo a privacidade uma das formas de proteção da dignidade da pessoa, qualquer cláusula contratual que vise diminuir ou extinguir a sua existência, será declarada inexistente.

No entanto, como não há direitos absolutos, há casos excepcionais em que a “cláusula de invasão de privacidade” deverá ser possível, tendo em vista tanto a proteção do empregado como a imagem, idoneidade, credibilidade e boa fama do empregador.

Assim, poderá ocorrer de estarem em jogo e, portanto, em confronto os seguintes direitos fundamentais: da parte do empregado o sigilo de correspondência, ainda que eletrônica e o da inviolabilidade de sua intimidade. Do lado do empregador, o direito de imagem. Como vetor resultante das duas forças opostas, ressalta o princípio da nulidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI, CF/88), que será ou não invocado dependendo do reconhecimento a que for dado aos direitos de sigilo de correspondência do empregado ou aos direitos de imagem do empregador.

De toda sorte sustenta-se que os e-mails corporativos dos empregados jamais poderão ser violados, inclusive no caso em que houver previsão contratual vedando a utilização do correio eletrônico para assuntos particulares. A conduta do empregador nesse sentido seria tida como abusiva, contrária à boa-fé (art. 422, CC) na medida em que “é inadmissível a interceptação de mensagens eletrônicas dos empregados no âmbito da empresa com o intuito de verificar o seu conteúdo, mesmo quando há o propósito de se evitar atos ilícitos”.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> SILVEIRA NETO, Antônio e PAIVA, Mário Antônio Lobato. A privacidade do trabalhador no meio informático. *Revista de Direito Trabalhista*, ano 9, nº 4, abr, 2003, p. 12.

Os direitos fundamentais, ainda que de aplicabilidade imediata (§ 1º, art. 5º, CF/88), não são absolutos. Desse modo, havendo confronto de direitos fundamentais deverá prevalecer o de maior peso e esse peso é relativizado, apurando-se de acordo com as especificidades de cada caso concreto. Assim, dado certo caso concreto, por exemplo, o direito ao sigilo de correspondência poderá prevalecer sobre o da inviolabilidade da imagem. Por sua vez, noutra situação concreta que se nos apresente, o da inviolabilidade da imagem poderá prevalecer sobre o de sigilo de correspondência.

O direito do empregado ao sigilo de correspondências e comunicações está previsto no art. 5º, inc. XII, CF/88: “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 nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”. O inc. LVI do mesmo artigo também considera “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” Ao empregado resta ainda o direito à inviolabilidade de sua intimidade.

Ao empregador restou o direito à inviolabilidade da imagem, da honra, da boa fama, também direitos fundamentais constitucionalmente previstos no art. 5º, inc. X, CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (físicas ou jurídicas), assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”.

Está-se, assim, diante de um conflito de direitos fundamentais. Tanto o empregado tem direito fundamental ao sigilo de correspondência e intimidade quanto o empregador à inviolabilidade de imagem, honra e bom nome. Diante do impasse, como se resolve o conflito? Favorável ao empregado? Ao empregador? Quais critérios seriam utilizados para se resolver o conflito?

Para Ana Paula de Barcelos, a solução do conflito de direitos fundamentais se resolve pela ponderação, onde o hermenêuta deverá identificar as normas em conflito, examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, bem como examinar conjuntamente os diferentes grupos de normas e as repercussões dos fatos sobre elas, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos

diferentes elementos em disputa. Diante da distribuição de pesos – e é esse o diferencial da ponderação – será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve prevalecer<sup>51</sup>.

Imagine-se o caso de um operador de tele *marketing* ou de mala direta, empregado este que tem como função passar informações da empresa, promover a sua imagem e seus produtos, bem como apresentar promoções e vender produtos. Aqui, tudo que for dito pelo empregado vinculará diretamente o empregador, sendo este o responsável perante terceiros pelos atos de seus empregados, conforme dispõe o art. 932, III, do Código Civil. Desta forma, com sua conduta, está o empregado expondo o bom nome e imagem do empregador, bem como o sujeitando a responsabilidade civil.

Aqui, as repercussões que a má utilização do *e-mail* pelo empregado poderá gerar repercussões de incalculáveis ao empregador, maculando a imagem e a boa fama da empresa de forma irrecuperável. Neste caso, o direito de privacidade do empregado deverá receber um menor peso que o direito de imagem da empresa, devendo, na hora da aplicação razoável de tais direitos fundamentais, o direito de privacidade sucumbir em face do direito de imagem e boa fama da empresa.

Assim como neste exemplo, há outros casos excepcionais em que a “cláusula de invasão de privacidade” será possível, sem que seja considerada abusiva e, conseqüentemente, nula. No entanto, deverá haver a celebração de convenção ou acordo coletivo, pois, somente desta forma, os empregados estariam representados pelo sindicato da categoria, podendo estabelecer de forma paritária os meios de execução e os limites desta fiscalização.

Alexandre Agra Belmonte a respeito da “cláusula de invasão de privacidade” tece o seguinte comentário:

Portanto, mesmo no caso de inexistência de cláusula de invasão de privacidade, a empresa deve deter a faculdade de controlar, embora de forma não abusiva, o correio institucional, ou seja, deve exercer o poder de vigilância ou fiscalização. Com base na confiança recíproca que deve nortear a relação de emprego, é recomendável que o faça primeiro de forma generalizada e impessoal, passando à verificação material somente em caso de urgência (necessidade de acesso a determinada informação institucional na ausência do empregado) ou de fundadas

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto (org). *Ob. Cit.*, p. 58.

suspeitas de utilização.<sup>52</sup>

Críticas devem ser feitas ao mencionado comentário, uma vez que, regra geral, cabe ao empregador adotar medidas paleativas de fiscalização e controle das atividades desenvolvidas pelo empregado, não podendo este ter a sua dignidade ofendida por ato de negligência do empregador. Ademais, no Direito do Trabalho vigora o princípio da alteridade.

A característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho consiste na circunstância de impor a ordem jus trabalhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato de trabalho, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.<sup>53</sup>

Nestes termos, a “cláusula de invasão de privacidade”, em regra, não deve constar nos contratos de trabalho, pois é do empregador os riscos de sua atividade, cabendo a ele adotar as medidas paleativas de controle necessárias. Contudo, tal previsão contratual poderá estar presente, nos casos em que a sua incidência garantir maior segurança ao empregado e ao empregador, quando for este o único meio de fiscalização da atividade prestada pelo empregado. Salienta-se que, de qualquer forma, deverá haver convenção ou acordo coletivo.

#### **4.4 Formas paleativas de controle do *e-mail* corporativo**

Havendo interesses conflitantes, deverá o intérprete realizar, no caso concreto, uma ponderação desses interesses, por meio do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a harmonizar e a garantir a máxima concretização dos princípios e normas em questão.

No caso do controle e da fiscalização do e-mail corporativo do empregado, os doutrinadores e magistrados apontam como princípios conflitantes ora o direito de propriedade do empregador e o direito de privacidade do empregado, ora este e o direito à imagem da empresa.

---

<sup>52</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. *Ob. Cit.*

<sup>53</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 393.

Assim, conforme já comentado, em regra, não há amparo legal para a fiscalização material do e-mail corporativo, devendo, contudo, em determinados casos, ocorrer uma ponderação dos interesses conflitantes, a fim de se verificar se o direito de privacidade do empregado não deveria sucumbir face um direito do empregador que, caso violado, traria-lhe sérias repercussões.

Diversas medidas paleativas podem ser adotadas pelo empregador, a fim de impedir, evitar ou minimizar os desvios funcionais do empregado em relação a acesso a *sites* e utilização de *e-mails* para fins desconexos com o serviço prestado, uma vez que, na qualidade de ferramenta de trabalho que é, estão sujeitos à vigilância e ao controle do empregador, dentro da razoabilidade, é claro.

Em relação ao controle do *e-mail* corporativo, Maria Amália Oliveira de Arruda Camara apresenta uma série de medidas que podem, e devem, ser utilizadas pelo empregador, sem que nenhuma delas apresente qualquer violação ao direito de privacidade do empregado, *in verbis*:

Pode-se, por exemplo, limitar o tamanho (em KBs) do *e-mail*. Ou proibir a veiculação de anexos (*attach*) se a empresa não trabalha com arquivos. Se se trabalha com arquivos anexos restringe-se o tipo de arquivo que pode ser veiculado (por exemplo, permitir veiculação documentos Word, de extensão, \*.doc., mas impedir imagens, de extensão, \*.jpg, \*.gif, \*.PC etc.). Ou mesmo pode restringir o tamanho dos anexos. Pode-se limitar a quantidade de *e-mails* enviados/recebidos. Sem mencionar a infinidade de filtros que existem para evitar esse tipo de desvio (filtros por palavra-chave, por nome do destinatário, por *e-mail* do destinatário, por assunto, etc.). Tudo isso pode ser feito sem se ter acesso ao conteúdo do e-mail, não havendo, portanto, qualquer risco de se respeitar o direito à privacidade dos funcionários.<sup>54</sup>

Citando um exemplo prática, o Governo do Estado do Paraná, em julho de 2005, editou decreto restringindo o acesso à *internet*, determinando que os funcionários públicos ligados ao governo teriam chave de acesso e senha para acessar a rede mundial de computadores. Desta forma, os gestores públicos poderiam monitorar os *sites* que estão sendo acessados no local de trabalho, como *sites* pornográficos, salas de bate-papo e baixa de músicas, prevenindo o governo de eventual participação solidária em crimes.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> CAMARA, Maria Amália Oliveira de Arruda. Vigilância virtual no ambiente de trabalho e a decisão do TST. Editora Consulex. *RDT - Revista do Direito do Trabalho*, ano 11, nº 07, jul, 2005.

<sup>55</sup> SILVA, Leda Maria da. *Ob. Cit.*

Os modos de controle ora apresentados são apenas exemplificativos, pois muitas outras maneiras de controle e fiscalização estão à disposição do empregador. Desta forma, o controle material (conteúdo) do *e-mail* corporativo fornecido ao empregado não é meio razoável para solucionar uma questão que poderá ser solucionada se a empresa adotar as medidas paleativas necessárias. Nestes termos, o controle material do *e-mail* seria cabível somente com autorização judicial e para fins de instauração criminal e instrução processual.

#### 4.5 A dispensa motivada por culpa obreira

O empregador, ao contratar a prestação de serviço do empregado, determina a jornada de trabalho, ou seja, o tempo que irá dispor da força de trabalho do empregado em um dia delimitado. Dentro desta jornada, todas as atividades do empregado deverão ser voltadas para a promover o seu maior rendimento.

Efetivamente, o que propõe o princípio ora enfocado - princípio do maior rendimento - é a lealdade e boa-fé de empregado no cumprimento de suas obrigações trabalhistas, exercendo com denoto as suas funções contratuais e não desgastando injustamente os lícitos interesses do empregador. *Ora, nesta medida ele não teria conteúdo distinto da diretriz jurídica geral da lealdade e boa-fé.* (grifos do autor)<sup>56</sup>

Desta forma, salvo expressa autorização do empregador, o empregado não poderá dispensar parte do tempo contratado para outros fins diversos do estabelecido.

A autorização precisa ser expressa, posto que a regra geral é que, durante a jornada de trabalho, o empregado desenvolverá as atividades determinadas pelo empregador, respondendo este por eventuais danos que o empregado venha a ocasionar a terceiros.<sup>57</sup>

Estando o contrato de trabalho sob a égide do princípio da lealdade e da boa-fé, a sua não observância poderá acarretar a rescisão unilateral do contrato, com fundamento em uma das previsões legais tipificadas nos arts. 482 e 483, da CLT.

Desta forma, caso o empregado utilize as ferramentas de trabalho postas a sua disposição de forma a diminuir o seu rendimento, prejudicar a imagem do empregador ou causar qualquer outro tipo de prejuízo a este, poderá o empregador, com base em umas das

---

<sup>56</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. Cit.*, p. 215.

tipificações legais acima mencionadas, rescindir o contrato de trabalho, por culpa do empregado, sem que se faça necessária a violação à sua intimidade.

No caso da utilização do uso indevido do *e-mail* corporativo, a violação à intimidade do empregado não ocorrerá caso o empregador adote medidas paleativas de controle, exercendo um monitoramento apenas formal das mensagens enviadas/recebidas pelo empregado.

Neste ponto, em relação ao uso imoderado do *e-mail* corporativo - uso para fins particulares, envio de mensagens ofensivas à honra e boa fama da empresa, disseminação de vírus - mister faz-se, primeiramente, destacar se o empregador autorizou ou não o uso desta ferramenta de trabalho para fins particulares. Essa diferenciação é necessária para se estabelecer em qual tipificação legal poderá se encaixar a conduta do empregado faltoso.

Tanto a indisciplina como a insubordinação estão tipificadas no art. 482, da CLT, como causas justificadores da resolução contratual por justa causa obreira. E a razão desta previsão é que

Uma das características do pacto de labor, ao lado da pessoalidade, não-eventualidade e remuneração, é a subordinação hierárquica ou jurídica. É por conta da subordinação que se vê o empregado na dependência de seu empregador, a este devendo obedecer as ordens, bem como acatar a direção de seu trabalho, de acordo com os interesses da empresa, entendendo-se que os riscos do empreendimento são do empregador, não de ser conferidos a este maquinismo legais que possibilitem a gestão da empresa, no que se refere ao controle do trabalho que é prestado pelo empregado. Daí este poder de comando se desdobrar em poder diretivo, poder de controle e poder disciplinar.

Assim é que, nesse exercício de poder de controle, emanam do poder empregador ordens gerais e ordens especiais. As primeiras têm como destinatário todos os empregados da empresa, indistintamente, materializando-se, normalmente, por meio de regulamento da empresa. Já as ordens especiais são dadas a determinado empregado, ou quando muito, a pequeno grupo de trabalhadores de um setor da empresa.<sup>58</sup>

Assim, se o empregador, por meio de norma geral da empresa, determinar que o uso do *e-mail* corporativo será exclusivo para troca de informações relacionadas à função exercida pelo empregado, ou seja, para fins estritamente profissionais, o empregado que descumprir esta determinação estará atuando com indisciplina; por sua vez, se a vedação for direcionada apenas para um determinado funcionário, grupo de um setor ou departamento, será caso de insubordinação.

<sup>58</sup> FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Terminação do contrato de trabalho*. Ltr: São Paulo, 1997. p. 130.

Nas mesmas tipificações incorrerá aquele empregado que, omissos o empregador quanto à vedação do uso do *e-mail* corporativo, utiliza-o para fins outros que não o cumprimento de suas funções laborais.

Por sua vez, caso o empregador emita autorização expressa de que o empregado poderá utilizar o *e-mail* corporativo da empresa para outras finalidades, terá que se verificar se estabeleceu quais seriam essas ocasiões excepcionais, ou se a autorização foi genérica.

Neste último caso, autorização genérica, o uso imoderado, prejudicando a produtividade, a rentabilidade e a eficácia da prestação do serviço, será causa de desídia do empregado (art. 482, e, da CLT).

O fundamento da justa causa da desídia reside no fato de ser direito do empregador, força da bilateralidade e onerosidade do contrato de trabalho, receber como contraprestação pelo salário que paga não tão-somente o serviço de seu empregado, mas recebê-lo com operosidade, com diligência, com produtividade, com qualidade, a contento, e não com negligência, com descuido, com desinteresse, com falta de exatidão. Ocorrendo, pois, estas últimas circunstâncias, não resta satisfeito o direito do empregador, que por tal razão pode dispensar o obreiro com justa causa, a saber, a de desídia. A exteriorização da desídia dar-se-á pela produção defeituosa ou pela diminuição em referida produção.<sup>59</sup>

Importante ainda informar que, caso o empregado pratique ato com o claro intuito de prejudicar o empregador, o fundamento da justa causa não será a desídia, mas incorrerá em ato de improbidade,

Em outros termos, mister para a ocorrência da desídia a presença do elemento *culpa* do empregado, manifesto por meio de negligência. Caso o prejuízo para o empregador seja decorrente de *dolo* do trabalhador, já não mais tratará de desídia, vez que houve a deliberada vontade de causar dano ao patrimônio do empregador, excluindo a desídia, que perpassa pela ocorrência do dano, mas não por nefasta intenção de prejudicar, e sim pelo desleixo do obreiro.(grifos do autor)<sup>60</sup>

Por fim, caso o empregador autorize a utilização do *e-mail* corporativo para determinados fins particulares, o empregado que o utilizar para outros fins, incorrerá em insubordinação ou indisciplina, de acordo com os fundamentos já comentados, bem como poderá estar atuando com mau-procedimento.

De maneira geral, os doutrinadores classificam como mau procedimento o comportamento incorreto do empregado, através da prática de atos que firmam a

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 111.



discrição pessoal, as regras do bom viver, o respeito, o decoro e a paz; atos de impolidez, de grosseria, de falta de compostura, que atentem a dignidade ... Daí afirmamos que constitui mau procedimento todo e qualquer ato faltoso grave, praticado pelo empregado que torne impossível, ou sobremaneira onerosa, a manutenção de vínculo empregatício, e que não se enquadre nas demais definições de justa causa...<sup>61</sup>

As tipificações das condutas obreiras que ora se explana em relação ao uso indevido do *e-mail* corporativo não são fixas e acabadas, pois o empregador deverá analisar o caso concreto para adequar a conduta obreira às tipificações legais previstas no art. 482, da CLT.

Busca-se, aqui, apenas mostrar que o empregador, utilizando-se de medidas paleativas de controle, poderá penalizar o empregado que se utiliza indevidamente do *e-mail* corporativo, sem que se faça necessário o controle material do e-mail corporativo fornecido ao empregado.

Contudo, o empregador deverá ser razoável ao analisar a conduta do empregado, uma vez que o acesso esporádico a *sites* de banco, envio de mensagens eletrônicas que não acarretem nenhum prejuízo ao empregador, deverão ser relevadas, tendo em vista que é na empresa que o empregado passa a maior parte de seu dia e, caso o ambiente de trabalho não proporcione ao empregado um mínimo de conforto, a tendência é que a produtividade seja menor, trazendo prejuízos ao empregador.

#### **4.6 A aplicabilidade da Lei nº 9.296/1996 às correspondências eletrônicas**

Ante a impossibilidade de o empregador realizar um controle direto no conteúdo das mensagens eletrônicas enviados pelo empregado, mesmo quando enviadas/recebidas por meio de *e-mail* corporativo, é imprescindível que se faça uma breve análise do art. 5º, XII, da CF, e da Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996.

A Constituição Federal, ao tratar sobre os direitos e garantias fundamentais, dispõe que “é inviolável o sigilo das correspondências 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 e instrução de

---

<sup>61</sup> GIGLIO *apud* FURTADO, Emmanuel Teófilo. Ob. Cit. p. 91.

processo penal.”<sup>62</sup>

A Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, que trata sobre a interceptação telefônica, expandindo o seu alcance para as comunicações de sistemas e telemática, para muitos entendida como a norma infraconstitucional regulamentadora do dispositivo supra transcrito, dispõe que:

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em interceptação criminal e em instrução processual penal dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob requerimento de sigredo de justiça.

Parágrafo único: O dispositivo aplica-se à interceptação de comunicações de sistemas e em telemática.

[...]

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão de 2(dois) a 4(quatro) anos e multa.

Assim, com o advento da Lei da Interceptação Telefônica, a par de algumas vozes em contrário, não há mais como negar que a interceptação de comunicação realizada via *e-mail* terá que ter prévia autorização judicial.

A respeito da Lei de Interceptação Telefônica, o professor Damásio de Jesus, tece o pertinente comentário:

O legislador protege a privacidade: o direito de o cidadão comunicar-se privativamente pelo telefone com alguém, sem interferência de terceiro (sem que terceiro ouça conversa ou dela tome conhecimento). Como dizem Celso Barros e Ives Gandra, ‘o sigilo da comunicação defluiu de outro, qual seja, da preservação da própria intimidade (Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, vol. 2º, pág. 71). A pessoa tem direito de escolher o destinatário da comunicação, como ensina Manuel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição brasileira de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 600). [...] Realizar interceptação significa ouvir a conversa ao gravá-la. Tratando-se de mensagem transmitida via modem ou internet, quer dizer dela tomar conhecimento, lê-la, vê-la (desenho) ou captá-la.’<sup>63</sup>

Desta forma, mostrou-se o legislador cauteloso ao adotar o sistema de

<sup>62</sup> Uma análise apenas gramatical do mencionado dispositivo levará o interprete a entender que a possibilidade de quebra do sigilo será apenas para as comunicações telefônicas, uma vez que o inciso diz “no último caso”. Nestes termos, caso o legislador pretendesse que a possibilidade da quebra do sigilo abrangesse todas as hipóteses lá previstas, diria “em última hipótese”. Felizmente, essa não é a interpretação adota e, mesmo que fosse, a doutrina e a jurisprudência já consolidaram-se no sentido que não há direito absoluto, devendo cada caso ser analisado, a fim de que se proceda a uma juízo de razoabilidade e proporcionalidade dos interesses em conflitos.

<sup>63</sup> JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. v 2. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 287 e 288.

verificação prévia, ou seja, *ab initio*, nenhuma interceptação seria lícita, sendo necessário que o juiz conceda autorização, sob pena de cometimento de ato criminoso.

#### 4.7 Precedentes jurisprudenciais no Brasil

As primeiras questões relacionadas ao exercício do poder empregatício para controlar, fiscalizar e interceptar as comunicações realizadas via correspondência eletrônica pelo empregado, aos poucos, começam a surgir nos tribunais trabalhistas pátrios.

O Tribunal Regional do Trabalho de 2ª Região reformou decisão da 37ª Vara do Trabalho de São Paulo que tinha decidido pela dispensa com justa causa do empregado que teria utilizado-se do correio eletrônico da empresa para emitir *e-mail* para fins particulares. A decisão teve como principais fundamentos o fato de ter a empresa agido com violação à intimidade do empregado, aplicando, outrossim, o princípio da proporcionalidade, uma vez que fora enviado apenas um *e-mail*, no horário de café, por um funcionário com mais de 3 (três) anos no emprego. Eis o acórdão da decisão:

Justa Causa. Correio eletrônico caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito obreiro à intimidade (CF, art. 5º, VIII). Um único correio eletrônico, e usado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa.

Outra decisão a respeito do controle de *e-mail* enviado por empregado, teve como relatora a Desembargadora Janete do Amarante, em processo proposto em face da empresa Sadia:

EMENTA: CORREIO ELETRÔNICO - JUSTA CAUSA. É comum as empresas disponibilizarem internet-correio eletrônico aos empregados, que os usam também para fins particulares. Releva informar se tal uso (não importa o conteúdo) atrapalha o rendimento profissional do empregado ou constrange outras pessoas. O empregador deve proporcionar ao empregado corrigir comportamento, aplicando advertências e, no caso de reincidência, suspensão e, infelizmente, dispensa por justa causa, de forma gradual. A realização de auditoria na estação de trabalho do autor fere o direito de sigilo de comunicação (CF - 88, art. 5º, XII). O parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296-96 equipara as comunicações em sistemas de informática e telemática, em relação as quais cabe a quebra do sigilo somente por determinação judicial. Ilegal, pois, a imposição de cláusula autorizadora de realização de auditoria nas estações de trabalho dos usuários. Ainda, se o autor não era o único empregado a enviar e-mail particulares, todavia, os demais não sofrem qualquer penalidade, há nítido ato discriminatório. A inobservância de norma empresarial não caracterizou dano ao empregador, pois

não comprovado efetivo prejuízo a ré ou constrangimentos a terceiros. O uso, pelo autor, do computador da empresa, para o envio de mensagens particulares, mesmo que pornográficas e sem permissão, não é suficiente a demonstrar ausência de boa-fé na execução do contrato e acarretar quebra da fidúcia.

No entanto, a decisão que mais repercussões trouxe à sociedade foi o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que negou a dispensa arbitrária do empregado do Banco HSBC que teria sido demitido por ter a empresa constatado que o mesmo estava utilizando-se do e-mail corporativo para a divulgação de material pornográfico.

O Juízo de primeiro grau não admitiu a justa causa pretendida pela reclamada, por entender que as provas obtidas seriam ilícitas, visto que ofenderiam o art. 5º, XII, da CF. Nas razões do Recurso Ordinário, a reclamada alegou que a empresa previa que o *e-mail* fornecido deveria ser utilizado somente para assuntos de trabalho e que a ilegalidade da prova deveria ser afastada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que, no caso apresentado, a imagem da instituição não poderia ficar postergada em face do direito de sigilo de correspondência do empregado.

A 3ª Turma, do TRT da 10ª Região, entendeu que a ilegalidade da prova obtida pelo empregador deveria ser afastada pelas razões apresentadas pelo reclamado, acolhendo a justa causa, pois:

Não há qualquer violação ao *e-mail* do reclamante, posto que isso não era de sua propriedade. Sendo o *e-mail* de propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado. [...] Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários, com a finalidade única de atender às suas finalidades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como 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 à imagem da empresa prejuízos de larga monta.

Desta forma, não há qualquer indício que a reclamada tenha tentado invadir, deliberadamente, a suposta privacidade do autor, ressaltando-se que, diante das gravidades das denúncias recebidas, cabia ao empregador promover as diligências necessárias à apuração dos fatos denunciados, sob pena de incorrer em omissão.<sup>64</sup>

O reclamante, inconformado com a reforma da decisão realizada pelo juízo de segundo grau, recorreu ao Tribunal Superior do Trabalho, instando-o a manifestar-se, pela primeira vez, a respeito da possibilidade da fiscalização das mensagens eletrônicas trocadas

---

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (10ª Região). Recurso Ordinário. RO-0504/2002. Rel. Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Revisor: Juiz Douglas Alencar Rodrigues.

pelos empregados.

Logo no início dos fundamentos da decisão, o relator faz diferença do tratamento a ser adotado quando se tratar de *e-mail* e provedor particulares e o *e-mail* corporativo, afirmando que apenas o primeiro desfruta da proteção constitucional da inviolabilidade, enquanto este é instrumento de trabalho, podendo ser utilizado para fins particulares apenas com o consentimento de seu proprietário, o empregador.

Afirma o relator que o *e-mail* corporativo não confere ao empregado uma expectativa de privacidade, mesmo que lhe seja conferida uma senha pessoal, pois esta seria um instrumento de proteção utilizado pelo próprio empregador para evitar que terceiros, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de *e-mails* da empresa, podendo o empregador exercer um controle tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários, etc.), quanto material (conteúdo).

Assim, a respeito da inviolabilidade ao sigilo de correspondência, à privacidade e à intimidade e da legalidade da prova colhida pelo empregador, conclui o relator com as seguintes palavras:

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. [...] 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 constitucional à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do empregado a ser resguardado 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 ao serviço”.

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art. 5ª, 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. (grifos do autor)

Apresentadas as principais decisões a respeito do controle do *e-mail* corporativo pelo empregador, verifica-se que os magistrados estão utilizando como fundamento o direito

de propriedade do empregador, por ser ele o titular dos instrumentos de trabalho. No entanto, como já comentado, o direito de propriedade do empregador não é fundamento válido para o exercício do poder empregatício.

#### **4.8 O controle da correspondência eletrônica do empregado no direito alienígena**

No Brasil, o exercício do poder empregatício como forma de controle dos *sites* e das correspondências eletrônicas trocadas pelos empregados ainda é tema recente, havendo poucos artigos tratando profundamente sobre o tema e raras decisões a respeito do assunto, tendo sido a primeira decisão do TST prolatada em 13 de dezembro de 2004.

Assim, face a pouca discussão a respeito do assunto, importante que se faça um breve estudo do posicionamento que vem sendo adotado pela doutrina, legislação e jurisprudência alienígenas.

O advogado Marcelo Oliveira Rocha, MBA em Direito da Tecnologia da Informação, escreveu artigo a respeito do posicionamento do direito comparado sobre o monitoramento dos *e-mails* no ambiente de trabalho, valendo mencionar as seguintes informações:<sup>65</sup>

Após o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, foi ampliado o poder das autoridades americanas quanto às informações e a vigilância sobre as informações que trafegam pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação. No entanto, nas relações entre particulares, há a Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas - ECPA, que protege todas as formas de comunicação eletrônica, incluindo a comunicação eletrônica de voz e as comunicações digitais de computador.

Por sua vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem entendido que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho, mas não de forma absoluta, pois a tendência da Corte é a de considerar que, se o *e-mail* for fornecido pelo empregador, não terá o empregado o direito de privacidade.

---

<sup>65</sup> ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos e-mails no ambiente de trabalho. *RDT - Revista do Direito Trabalhista*, ano 11, nº 06, jun, 2005.

A Inglaterra, a par da grande polêmica existente sobre o assunto, teve promulgada, em 24 de outubro de 2000, a Lei RIP - *Regulamentation of Investigatory*, que autoriza o monitoramento de e-mails e telefonemas de seus empregados.

A Constituição do Equador reconhece aos indivíduos o direito de inviolabilidade de correspondência. Da mesma forma, foram as Constituições do Chile, da Colômbia e do Peru, acrescentando a possibilidade da violação na forma e nos casos previstos em lei.

Na Noruega, dois empregados de uma empresa americana, a Conoco Philips, foram demitidos por visitarem *sites* pornográficos durante o expediente de trabalho. A justa causa foi recusada em primeira instância, sendo a decisão de primeiro grau confirmada pela Corte Suprema, decidindo, ainda, que os ex-empregados teriam direito a uma indenização de 40 mil dólares da companhia.<sup>66</sup>

Desta forma, pode-se verificar que não há um posicionamento majoritário, havendo países que garantem de forma ampla a privacidade do indivíduo, seja empregado ou não, autorizando a quebra do sigilo apenas em casos excepcionais e previamente dispostos em lei, mas também há países que se posicionam em sentido contrário, autorizando, por expressa disposição legal, o controle de *e-mails* e ligações telefônicas.

---

<sup>66</sup> *Computerworld*. Disponível em: <<http://old.computerworld.com.br/AdPortalV5/Imprimir.aspx>>. Acesso em: 26.05.2006.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *e-mail* corporativo, a despeito de ser uma das mais novas ferramentas de trabalho postas à disposição do empregado, logo, de propriedade do empregador, poderá ter seu uso regulamentado e fiscalizado pelo poder empregatício.

No entanto, o exercício do poder empregatício não poderá ir além do limite do razoável, ou seja, não poderá ser utilizado de forma a restringir a aplicação e a efetividade da dignidade da pessoa humana, sob pena de afrontar gravemente um dos principais princípios garantidores da ordem democrática de direito.

A Constituição Federal garantiu o direito à privacidade de correspondência, uma das formas de manifestação do princípio da dignidade, podendo ela ser violada somente mediante autorização judicial, para os casos de investigação criminal ou instrução processual penal.

Neste contexto, o empregador, a despeito de ser o proprietário do provedor que acomoda o *e-mail* corporativo da empresa, não poderá proceder a uma fiscalização material (conteúdo) das mensagens recebidas/enviadas por seus empregados, salvo no caso de suspeito de crime e mediante autorização judicial.

No entanto, como não há direitos absolutos, no caso de confronto de direitos fundamentais, deverá haver uma ponderação desses direitos, de modo que se preserve ao máximo a sua incidência de cada um deles.

Esta ponderação dar-se-á por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, onde, no caso concreto, o direito de privacidade do empregado poderá sucumbir frente ao direito à imagem e boa fama do empregador e, ainda, frente ao direito de propriedade.

Nos casos onde o direito de privacidade for limitado por um direito fundamental maior do empregador, deverá haver a prévia informação ao empregado, ao qual poderá dar-se por meio da “cláusula de invasão de privacidade” no contrato de trabalho. Entretanto, para tal fim, deverá ocorrer convenção ou acordo coletivo de trabalho, uma vez que, devidamente



representados pelo sindicato da categoria, poderão os empregados impor maiores limites a este controle.

De qualquer forma, a regra geral a ser observada pelos empregadores será no sentido de adotarem medidas paliativas de controle, sobretudo a fiscalização dos remetentes /destinatários do *e-mail* corporativo. Tais medidas, apesar de se tratarem de um controle meramente formal, seriam suficientes para que o seu uso indevido fosse tipificado em uma das previsões caracterizadoras da justa causa, dispostas no art. 482, da CLT.

Desta forma, as considerações finais do presente trabalho seriam no sentido de que o controle material do *e-mail* corporativo, regra geral, não poderá ocorrer, e, somente em casos excepcionais, após a ponderação dos interesses conflitantes, com prévia convenção ou acordo coletivo, poderia o empregador exceder o seu poder diretivo de fiscalização de forma ampla, obedecidos, claro, os limites legais e constitucionais.

## 6 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABREU FILHO. Nylson Paim de (org). *Constituição Federal. CLT, Legislação Previdenciária*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos humanos e dignidade da pessoa humana no direito do trabalho brasileiro. *Síntese Trabalhista*, ano XVII, nº 197, nov, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org). A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. In: Ana Paula de Barcellos. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. São Paulo: Renovar, 2003.

BELMENTE, Alexandre Agra. Controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. *Revista Ltr*, v. 68. nº 9, set, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Editora Melheiros, 2005.

CAMARA, Maria Amália Oliveira de Arruda. Vigilância virtual no ambiente de trabalho e a decisão do TST. Editora Consulex. *RDT - Revista do Direito do Trabalho*, ano 11, nº 07, jul, 2005.

*Computerworld.*

Disponível

em:

<<http://old.computerworld.com.br/AdPortalV5/Imprimir.aspx>> Acesso em: 26.05.2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2004.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Terminação do contrato de trabalho*. Ltr: São Paulo, 1997.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. v 2. Saraiva: São Paulo, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso do Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos e-mails no ambiente de trabalho. *RDT - Revista do Direito Trabalhista*, ano 11, nº 06, jun, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador - abrangência e limitações. *Revista Ltr*. v.. 70, nº 01, jan, 2006.

\_\_\_\_\_. Dano Moral: Direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador.  
São Paulo: *Revista LTr*, v. 69, nº 4, abril, 2005.

SILVEIRA NETO, Antônio e PAIVA, Mário Antônio Lobato. A privacidade do trabalhador no meio informático. *Revista de Direito Trabalhista*, ano 9, nº 4, abr, 2003, p. 12.

SIMM, Zeno. In: Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revisla LTr*, v. 69, nº 11. nov, 2005.