

MONITORAMENTO DE E-MAILS E SITES, A INTIMIDADE DO EMPREGADO E O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR. ABRAGÊNCIA E LIMITAÇÕES

*Leda Maria Messias da Silva**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Poder diretivo do empregador – conceito e fundamentação legal. 2.1 Conceito. 2.2 Fundamentação legal. 3 Subordinação do empregado e poder diretivo do empregador. 3.1 O poder de organização do empregador. 3.1.1 Limitações. 3.1.2 O art. 468 da CLT e “ius variandi” do empregador. 3.2 Poder disciplinar. 3.3 Poder de controle do empregador. 4 Direitos de personalidade. 5 O poder de controle e os direitos de personalidade. Limites e abrangências. 6 Conclusões. 7 Referências.

RESUMO: O vertente trabalho trata a respeito do direito à intimidade do empregado, que como direito de personalidade do mesmo, está assegurado tanto no Código Civil (capítulo II, do Livro I), quanto na Constituição (art.5º, incisos V e X). No entanto, não é possível avaliá-lo em toda a sua dimensão, sem que se faça um paralelo entre o poder de controle do empregador e o princípio da razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: direito do trabalho; poder de controle; monitoramento; direitos da personalidade.

SITES AND E-MAIL MONITORING, THE EMPLOYEE INTIMACY AND EMPLOYERS CONTROLLING POWER. AMPLITUDE AND LIMITATIONS

* Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais, Sub-área de Direito do Trabalho, pela PUC-SP; profa. da graduação e do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá; Profa. da Faculdade Nobel; membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); ex-professora da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro. Pertence, ainda, ao Comitê Permanente de Ética em Pesquisa do Cesumar-COPEC.

ABSTRACT: The work versant deals with the employee intimacy rights, which like in the personality rights, is legitimated in the Civil Code (chapter II, book I), as well as in the constitution (art. 5º, section V and X). However, it is not possible to make an assessment in its entire dimension without tracing a parallel between the employer controlling power and the reasonability principle.

KEYWORDS: work law; controlling power; monitoring; personality rights.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, com o avanço tecnológico, é muito comum a utilização de aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho, dentre eles, o computador, que, se não indispensável, é essencial para o desenvolvimento de boa parte das atividades dos empregados em grandes e pequenas empresas. E, é por tal fato, que tem sido comum acaloradas discussões acerca da utilização pelo empregado dessas ferramentas de trabalho para fins exclusivamente particulares, tais como o correio eletrônico e sites da internet.

O tema em questão, envolve, pois, o direito à intimidade do empregado, que como direito de personalidade do mesmo, está assegurado tanto no Código Civil (capítulo II, do Livro I), quanto na Constituição (art.5º, incisos V e X). No entanto, não é possível avaliá-lo em toda a sua dimensão, sem que se faça um paralelo entre o poder de controle do empregador e o princípio da razoabilidade. Depois de avaliado o alcance do poder diretivo do empregador, principalmente em sua manifestação enquanto poder de controle e fiscalização, em confronto com o princípio da razoabilidade, teremos como tecer conclusões sobre o direito à intimidade do empregado ao utilizar-se de ferramenta de trabalho para acessar o seu e-mail particular e sites da internet, não relacionados ao trabalho, e as eventuais condutas dos empregadores. Conduzas estas, que se não bem ponderadas, em seus limites e abrangências, poderão ensejar uma ação de indenização por danos morais, proposta pelo empregado, por extrapolar o razoável. Com tais noções, o empregador terá elementos para evitar ao máximo possível, ser objeto destas ações e ao mesmo tempo, exercer o seu poder diretivo, que no tema em estudo, trata-se, inclusive, de inibir a queda de produtividade da empresa e até resguardar o sigilo profissional, evitando que informações importantes sejam repassadas inadvertidamente por seus empregados.

2 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR – CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

2.1 CONCEITO

O poder diretivo do empregador, consiste na faculdade deste, de dirigir pessoalmente a prestação de serviços dos seus empregados.

2.2 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Fundamenta-se no art.2º, “caput”, da CLT, em sua parte final, onde está dito que o empregador “dirige pessoalmente a prestação de serviços dos seus empregados”.

Entenda-se, pois, que o empregador tem a faculdade, e isso quer dizer, pode ou não fazê-lo, e se o fizer, é somente quanto à direção no tocante ao modo como a atividade do empregado, o trabalho do mesmo, as suas atribuições, enfim, devem ser exercidas, orientadas ou conduzidas.

3. SUBORDINAÇÃO DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Há que se levar em conta, que embora a doutrina tenha estabelecido algumas teorias para justificar o exercício do poder de direção do empregador em relação ao empregado, bem como sua sujeição ao mesmo, destaca-se a teoria contratualista, segundo a qual , o poder de direção encontra suporte no contrato de trabalho, porque é através do contrato firmado entre as partes – empregado e empregador – que este se subordina ao empregador. Não é só por dependência econômica (poderíamos ter um caso de um empregado que trabalha para ter alguma atividade, mas que tenha boas condições financeiras) ou dependência técnica em relação ao seu empregador (o caso de um técnico, altamente especializado, convidado para trabalhar num laboratório de uma empresa: não terá dependência técnica em relação ao seu empregador, pois, geralmente, saberá mais que este), mas sim, pelo que a doutrina denomina dependência hierárquica ou jurídica, pois há em nosso ordenamento jurídico, um conjunto de leis, normas específicas que assim determinam essa subordinação. Basta ver que se o empregado não atender ao comando de seu empregador, este poderá ser demitido por justa causa, conforme preceitua o próprio artigo 482, alínea “h” da CLT.

Nesse ponto, podemos questionar: e essa subordinação do empregado ao comando do empregador, é irrestrita? Qual o limite desse poder diretivo? Antes, no

entanto, de responder à essa indagação, é necessário discorrer a respeito de como se manifesta esse poder diretivo do empregador em relação ao empregado.

Temos, então, três dimensões para o Poder Diretivo:

3.1 O PODER DE ORGANIZAÇÃO DO EMPREGADOR

Que é o poder de organizar sua atividade, o seu negócio, o capital e o trabalho, que decorre, inclusive, de acordo com a doutrina, do seu direito de propriedade.

É por deter tal poder que o empregador estabelecerá qual a atividade que será exercida: se comercial, industrial, agrícola, etc.; o tipo de sociedade que se organizará – sociedade limitada, por ações, etc.; o número de empregados, cargos, funções, local e horário de trabalho, etc.; também poderá regulamentar o trabalho, elaborando o regulamento da empresa.

3.1.1 LIMITAÇÕES

Mesmo o Poder de Organização do empregador, não é absoluto, pois a lei, as convenções coletivas, as sentenças normativas poderá limitá-lo. Até porque, as empresas de um modo geral, também tem um papel social a desempenhar, além de cumprir os seus fins econômicos. Se assim não fosse, em nome da finalidade econômica, justificar-se-ia o trabalho escravo, que é um ultraje à dignidade do trabalhador.

3.1.2 O ART.468 DA CLT E “IUS VARIANDI” DO EMPREGADOR

Outra questão a ser levada em conta, dentro das limitações do poder de organização do empregador, é que embora o poder de direção concedido ao empregador, lhe permita fazer, unilateralmente, em casos especiais, modificações no contrato de trabalho, é necessário que se tenha em conta o disposto no art.468 da CLT, que é claro ao expor, que nos contratos de trabalho só é lícita a alteração por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resulte prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Assim, caso o empregado se julgue lesado, poderá opor-se às modificações que lhe causem prejuízos ou sejam ilegais, que é o que se denomina “ius resistendae”, pleiando a rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme estabelece o art.483 da CLT.

Existem casos de “ius variandi”, em que permite-se a alteração unilateral do contrato de trabalho pelo empregador. Esses casos envolvem a função ocupada pelo empregado, o salário e o local da prestação de serviços. Por exemplo:

- Empregado de confiança, pode retornar, por determinação do empregador, ao exercício do cargo que anteriormente ocupara antes do exercício do cargo de confiança (permitido pela CLT, conforme prescreve o parágrafo único do art.468). O art. 450 da CLT revela a mesma regra ao enunciar que “ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior”.¹

Observa, ainda, Amauri Mascaro Nascimento, que “a alteração de função, não prevista em lei, é tolerada quando a empresa extingue cargos, não dispensa seus ocupantes e os aproveita em outras funções”, asseverando ainda, que “desde que estas não importem alteração substancial das qualificações, é de permitir validade do ato, fundamentado no princípio do “jus variandi”. Caso contrário, deve ser assegurado ao empregado o direito de rescisão indireta do contrato de trabalho: art.483, “d”, da CLT.²

- A alteração do horário de trabalho, como no caso do trabalhador que presta serviços à noite e passa a trabalhar durante o dia, o que é admitido implicitamente na orientação da Súmula 265 do TST, pois o trabalho à noite é mais prejudicial à saúde do trabalhador. À noite, normalmente, é o período em que descansamos;

- Prorrogação da jornada de trabalho para recuperação de paralisações, conforme parágrafo 3º, do art.61 da CLT.

- Empregado que tem deficiência física ou mental atestada pelo INSS pode ser readaptado em nova função (parágrafo 4º, do art.461 da CLT).

- Em alguns casos de transferência, como por exemplo, quando houver extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado (parágrafo segundo do art.469 da CLT); ou no exercício de cargo de confiança (parágrafo primeiro do art.469 da CLT).

- Empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado (parágrafo primeiro do art.499 da CLT).

- No tocante às alterações salariais impostas pelo empregador, como modificações da forma de pagamento em decorrência de imperativos técnicos, que é o caso citado por Amauri Mascaro Nascimento³ de substituição de máquinas obsoletas por modernas, em que o empregador pode ser levado, às vezes, a ter que

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005, pág.334.

² NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: LTr, 2005, p.307

³ Idem, p.307-308.

mudar o salário, com uma nova tarifa paga por unidade produzida pelo operário. Em relação à redução salarial, só é possível mediante acordo ou convenção coletiva, conforme disposto no art.7º, inciso VI da CF; e em relação à redução de jornada com a conseqüente redução de salário, da mesma forma, de acordo com o disposto no art.7º, inciso XIII da CF.

3.2 PODER DISCIPLINAR

É o direito do empregador de impor sanções disciplinares aos seus empregados.

No direito brasileiro, poderá ser aplicada aos empregados, as seguintes penalidades: ADVERTÊNCIA(sem previsão legal) E SUSPENSÃO (prevista no art.474 da CLT); O atleta profissional pode ser MULTADO, com base nas normas desportivas.

As penalidades disciplinares estão sujeitas a controle da Justiça do Trabalho.

3.3 PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR

É outra manifestação do poder de direção. E é no exercício desse poder que o empregador fiscaliza as atividades profissionais de seus empregados, e, portanto, no exercício do poder de controle ou fiscalização, atribuído ao empregador face ao seu poder diretivo, que situamos o direito de fiscalizar ou monitorar o uso dos equipamentos de trabalho pelo empregado. Portanto, aqui é que se manifesta o direito à intimidade do empregado, como direito de personalidade.

Discorramos, pois, a seguir, sobre o que são os direitos de personalidade do empregado.

4. DIREITOS DE PERSONALIDADE

No vocabulário jurídico, De Plácido e Silva⁴, define personalidade como sendo: “Do latim ‘personalitas’, de persona (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro.”

Portanto, podemos concluir, como aduz Amauri Mascaro Nascimento⁵, que Direitos de Personalidade:

São prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 23 ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 1035.

⁵ Op.cit., p. 131.

aos seus atributos essenciais em suas emanções e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam num dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária.

Ou como aduz Sandra Lia Simón, citando Orlando Gomes: “são direitos destinados a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando –as dos ataques de outros indivíduos.”⁶

Já Sílvio Romero Beltrão, define os Direitos de Personalidade, “como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas”⁷. E, conclui mais adiante, que para sabermos se estamos diante de direitos de personalidade, é necessário verificar se houve violação do fundamento ético da dignidade da pessoa humana.⁸

Portanto, podemos concluir, que o rol dos direitos de personalidade disposto na constituição (art.5, incisos V e X), bem como no código civil (arts. 11 a 21), é apenas exemplificativo, eis que trata-se de uma categoria de direitos, cujo objetivo é resguardar a dignidade da pessoa humana. Podemos citar, dentre esses direitos de personalidade, o DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA, O DIREITO À INTIMIDADE, À HONRA, À VIDA PRIVADA, À IMAGEM, AO NOME, dentre outros.

5. O PODER DE CONTROLE E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE. LIMITES E ABRANGÊNCIAS

Até esse ponto, já podemos concluir que o os Direitos de Personalidade limitam o poder diretivo do empregador. Portanto, há que se ter em mente, o que dispõe Pérez Botija, citado por Ricardo José Engel:

AS PESSOAS QUE SE LIGAM POR VÍNCULOS LABORAIS NÃO SE TRANSFORMAM EM MÁQUINAS OU MERCADORIAS, NÃO SE TRANSMUDAM EM ‘COISAS’, MAS CONTINUAM DOTADAS DE PERSONALIDADE SINGULAR. AINDA QUE DO PON-

⁶ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.63.

⁷ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p.25.

⁸ Idem, p.51.

TO DE VISTA SOCIOLÓGICO O EMPREGADO SE PERCA NO ANONIMATO DA FÁBRICA E DO PONTO DE VISTA TÉCNICO SEJA UMA ENTRE TANTAS UNIDADES DE CÁLCULO, REDUZIDO A UM ALGARISMO; AINDA QUE O SETOR DE RECURSOS HUMANOS O REDUZA A UM EXPEDIENTE, O SER QUE TRABALHA NÃO PODE PERDER SUA QUALIDADE DE HUMANO. O QUE SIGNIFICA DIZER: HAVERÁ DE SER TRATADO SEMPRE COM O DEVIDO RESPEITO À SUA DIGNIDADE” (PÉREZ BOTIJA, 1960, P.192).(Destacamos).⁹

Trata-se, pois, nada mais nada menos, que aplicar-se às relações de trabalho, o Princípio da Dignidade Humana, constante do art.1º, inciso III da Constituição Federal, ou seja, respeitar, o empregador, os direitos de personalidade dos empregados.

E como saber qual o limite do exercício do poder diretivo do empregador, diante dos direitos de personalidade dos empregados?

Além do respeito à dignidade da pessoa humana, o Princípio da Razoabilidade, principalmente, nos dá essa resposta, o qual é definido, conforme exposto a seguir, segundo Ricardo José Engel:

Significa a busca do meio-termo na investigação das relações entre meios e fins. O razoável é o justo, o adequado, o pensado satisfatoriamente, o conforme a razão. Não, contudo, a uma razão fundada na lógica matemática, puramente formal, senão uma razão sedimentada na lógica do razoável, do humano, da vida humana. ¹⁰

E é justamente nesse ponto, que temos que refletir sobre o que pode acontecer, então, quando se fere a dignidade do trabalhador, extrapolando-se o poder diretivo, pela não aplicação do Princípio da Razoabilidade. O que pode acontecer quando o empregador desrespeita a dignidade humana do trabalhador ?

Com toda certeza, o empregado pode pleitear que cesse a violação ao seu direito de personalidade, além de que o empregador pode se ver objeto de uma AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Atente-se, pois, para o fato de que embora a legislação trabalhista brasileira, não tenha uma tutela específica para a salvaguarda dos direitos de personalidade do trabalhador na relação de emprego, a não ser os casos enumerados no art.483 da CLT, limitando-se a

⁹ ENGEL, Ricardo José. **O “Jus Variand” no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, pág.39.

¹⁰ Idem, p.42-43.

autorizar a rescisão do contrato de trabalho, por justa causa do empregador¹¹, prevalecerá, a aplicação do disposto no art.5º, incisos V e X da CF, os quais dispõem:

Art..5º, inciso V CF: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização pelo dano material, moral ou à imagem.”

Ar.5º, inciso X CF: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação.”

E, o art. 186 do Código Civil de 2002, reafirma a possibilidade de reparação de danos morais, ao enunciar: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Entenda-se por DANO, um prejuízo, quer seja de ordem moral ou patrimonial.

No caso de dano patrimonial, o prejuízo é de ordem material, enquanto no caso do dano moral o prejuízo é de ordem extrapatrimonial, de sorte que a indenização pecuniária, jamais restabeleceria o “status quo ante”, mas ao menos serviria como lenitivo ao lesionado. Portanto, pode-se concluir, que no caso de dano moral, o que é atingido são os bens de ordem moral, de foro íntimo da pessoa, como a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem, ou seja, os direitos personalíssimos.

Dentre esses direitos, atemo-nos, pois, ao direito à intimidade do empregado, o qual envolve a possibilidade ou não do empregador rastrear os e-mails ou monitorar o equipamento utilizado pelo mesmo.

Ressalte-se que o direito à intimidade e à vida privada, como já tivemos a oportunidade de nos manifestarmos em outro artigo¹², não se tratam da mesma coisa, pois o direito à intimidade abrange fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua própria família pode desconhecer, como por exemplo, suas preferências sexuais, hábitos, vícios, dentre outros, enquanto o que diz respeito à vida privada, já abrange suas relações familiares e com terceiros, como interferir em empréstimo feito junto aos seus familiares ou obter informações sobre o saldo bancário do empregado. Interessa ao objeto do nosso estudo, o direito à intimidade do empregado, pois ao monitorar o computador utilizado pelo empregado, inclusive rastreando o envio de e-mails, estaremos diante de um conflito que envolve a intimidade do empregado em confronto com o poder de controle do empregador, que se assim não fosse, facilmente seria solucionado, face ao sigilo

¹¹ SIMÓN, Sandra Lia. Op.cit. p.126.

¹² SILVA, Leda Maria Messias da. **Dano Moral: Direitos da Personalidade e o Poder Diretivo do Empregador**. Revista LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, 69-04/420/423.

de correspondência assegurado pela Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XII, o qual, à primeira vista, não autorizaria o empregador a efetuar o monitoramento de e-mails e a navegação em sites da internet.

Acerca da fiscalização sobre o uso de equipamentos de computador, incluindo o correio eletrônico, nos casos em que o correio é da empresa e não do empregado, a doutrina tem sido favorável ao monitoramento quando há proibição expressa no regulamento da empresa, de utilização do equipamento para uso pessoal. Inclusive, Sérgio Pinto Martins¹³ aduz acerca desta questão:

Durante o horário do trabalho o empregado está à disposição do empregador. Deve produzir aquilo que o empregador lhe pede. Logo, pode ser fiscalizado para verificar se não está enviando e-mails para outras pessoas sem qualquer relação com o serviço, pois está sendo pago para trabalhar e não para se divertir.

A esse respeito também se manifestou o jurista Estevão Mallet¹⁴, expondo que no Brasil não há proibição expressa de fiscalização do trabalho por meio eletrônico, como programas instalados no computador da empresa, para rastrear páginas consultadas na rede mundial (internet) ou mensagens eletrônicas enviadas e recebidas, diversamente do que ocorre no Direito Italiano e Português, e, que, portanto, deve-se considerar lícita tal prática. Salienta, também, que o Direito Espanhol comunga desse mesmo entendimento, mas assevera que não se pode conceber vigilância clandestina, oculta ou dissimulada, a qual é incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Por último, esse mesmo jurista, conclui:

A utilização de meio de comunicação que de antemão se sabe não ser reservado e estar sujeito à fiscalização impede que se invoque a proteção conferida à intimidade. Há consentimento à quebra da intimidade, que atua como pré-excludente de ilicitude, independentemente de prévia autorização judicial. Assim, não se configura ilegal a gravação de conversa telefônica que o empregado entabula no aparelho cedido pela

¹³ Op.cit., p.228.

¹⁴ MALLET, Estêvão. **Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho**. Revista LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, 68-11/1312.

empresa, para uso durante o serviço e em atividade ligada ao objeto do contrato de trabalho, sempre que previamente divulgado o procedimento de fiscalização. A prática tem especial importância – e não tem como ser questionada – quando há necessidade de comprovação da conversa, tal como se dá em casos de operações bancárias ou de compras realizadas por meio de telefone. O mesmo vale para o exame de mensagens eletrônicas e para o rastreamento de páginas consultadas na rede mundial (Internet).

Argumente-se, ainda, que levantamentos feitos nos Estados Unidos “apontam que os trabalhadores perdem 40% do seu tempo durante o expediente consultando sites pessoais, de bate-papo ou baixando músicas”¹⁵, o que sem dúvida diminui a produtividade do empregado, justificando plenamente o exercício do poder de controle do empregador, pois é o maior interessado, já que é o dono do negócio. Sem contar o risco de vazamentos de dados e informações importantes, pertinentes à empresa.

Notícia veiculada em data de 06 de Julho de 2005, pelo Jornal “O Estado do Paraná”¹⁶, declara que desde 05.07.05, em todos os órgãos ligados ao governo do Paraná, passou a vigorar um decreto estadual que restringe o acesso à internet, e, a partir desta última data, os funcionários públicos terão que ter chave de acesso e senha para acessar a rede mundial de computadores. Visa tal medida, possibilitar aos gestores públicos o monitoramento de sites que estão sendo acessados do local de trabalho, pois a partir do começo de 2005, segundo o secretário especial para Assuntos Estratégicos, Nizan Pereira, verificou-se um agravamento dos problemas gerados em função de acessos exagerados a sites pornográficos, salas de bate-papo e até baixa de músicas. Isso, segundo o mesmo secretário, ocorria, principalmente, nos finais de semana, nos períodos de plantão, comprometendo os serviços de atendimento à população, como nos sites da Polícia e do Porto de Paranaguá, pois ocasionavam problemas, inclusive lentidão, nos servidores dos computadores do Estado. Por outro lado, segundo o noticiado, a medida visa, também, prevenir o governo de eventual participação solidária em crimes, pois o acesso a sites de teor racista, por exemplo, através de computadores de repartições públicas ou privadas, poderia ensejar denúncia contra o usuário da máquina, “pela prática do crime, assim como o patrão, que é denunciado por participação solidária.”¹⁷

¹⁵ OLIVEIRA, Rosângela. Empresas monitoram o uso da internet. **O Estado do Paraná**. Curitiba, quinta-feira, 07 de Julho de 2005, Cidades, p. 8.

¹⁶ RAZZAK, Sâmara. Governo restringe acesso à internet. **O Estado do Paraná**. Curitiba, quarta-feira, 06 de Julho de 2005, Cidades, p.11.

¹⁷ Idem.

Mário Gonçalves Júnior, ao comentar em artigo “A intimidade dos trabalhadores e o poder de comando dos patrões”, menciona que “a vontade é o norte entre a violação ou não da intimidade/privacidade do trabalhador”. Acrescenta que “é preciso analisar, caso a caso, se o impulso inicial na divulgação do íntimo partiu do próprio titular da intimidade”. Finalmente, conclui expondo que:

...as correspondências eletrônicas enviadas e recebidas mediante equipamentos de trabalho podem ser amplamente monitoradas e vasculhadas, principalmente quando o trabalhador sabe dessa possibilidade de antemão: se decide exprimir seus pensamentos ou sua vida íntima por esse meio eletrônico, valendo-se de instrumentos de trabalho, aceita o risco de perder o controle de sua divulgação. Melhor: abre mão da informação pessoal, já que parte de si o impulso original de exteriorizá-la. O segredo, diz um velho ditado, deixa de ser segredo quando o confidenciamos a uma única pessoa que seja.

Por outro lado, explicam Juliana Bracks Duarte e Carolina Tupinambá, em artigo publicado na Revista de Direito do Trabalho, de janeiro /março de 2002¹⁸, que o empregador pode sofrer uma ação de indenização por danos morais e materiais, além de dar ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho, sem prejuízo de eventual processo criminal, caso autorize expressamente a utilização de e-mail e navegação em páginas da internet pelo empregado, para fins particulares, mas, embora tenha autorizado essa utilização, não respeite a intimidade do empregado. Portanto, “se houver suspeita de fraude, de mau uso dos equipamentos da empresa, da prática de atividades ilícitas pelos empregados”, ocorrendo omissão ou consentimento sobre o uso do equipamento de trabalho para fins particulares, “deve haver o requerimento de uma ordem judicial, que autorize a checagem dos sites acessados, da correspondência trocada e das conversas telefônicas mantidas.”¹⁹

Há que se ponderar, ainda, que recentemente, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão, beneficiou o HSBC Seguros ao admitir que o empregador pode exercer “de forma moderada, generalizada e impessoal” o controle de mensagens enviadas e recebidas, pelo e-mail corporativo, mesmo alegando o

¹⁸ DUARTE, Juliana Bracks e TUPINAMBÁ, Carolina.. **Direito à Intimidade do Empregado x Direito de Propriedade e Poder Diretivo do Empregador**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março de 2002, p. 231-243.

¹⁹ Idem, p.239.

empregado, em sua defesa, que desconhecia que o e-mail corporativo deveria ser usado exclusivamente para fins comerciais. No caso em tela, o empregado foi demitido por justa causa, pois enviou aos seus colegas, através do e-mail da empresa, fotos de mulheres nuas.²⁰ Ao comentar essa decisão, o advogado Antonio Carlos de Oliveira Freitas, do escritório Luchesi Advogados, diz que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho é absolutamente correta, e acrescenta que “a empresa nem precisa avisar o empregado de que ele poderá ser demitido, ou seja, nem precisa criar um código de conduta”, pois para esse profissional, “se o empregado usa o e-mail para outras finalidades que não as do trabalho, pode ser punido com a demissão.”²¹

Em nosso entendimento, as regras devem ficar claras, ou seja, se não é para ser usado o e-mail corporativo, em hipótese alguma, melhor que fique estabelecido em regulamento da empresa, a fim de que não hajam problemas posteriores. Mesmo porque, entendemos que é possível tolerar e controlar (através de programas de produtividade, por exemplo) o uso, de forma moderada, como para acessos de sites de bancos, para pagamentos de contas ou outras finalidades, não menos úteis, desde que eventuais, pois é na empresa/trabalho que o empregado passa a maior parte do seu dia útil, e, portanto, se o ambiente de trabalho não proporcionar certo conforto ao empregado, a tendência é que a produtividade também seja menor, pois quem trabalha mais satisfeito, produz mais.

6. CONCLUSÕES

Diante dos argumentos elencados ao longo do presente, podemos concluir que:

- A empresa não estará ferindo o direito à intimidade do seu empregado, ao monitorar a utilização de computadores para ingressar em seu e-mail pessoal e sites diversos daqueles necessários à execução de sua atividade, se constituir um regulamento e dar ciência a todos os empregados do conteúdo do mesmo, onde fique claro que as ferramentas de trabalho, não podem ser utilizadas para fins particulares. Nesse ponto, o empregador pode e deve especificar, que em algumas situações, como nos intervalos para descanso ou sites de Bancos para pagamentos de contas, etc., o empregado poderia fazê-lo desde que não ultrapassasse certo tempo. É importante especificar em quais condições seria permitido o uso do equipamento, horários e o tempo de utilização, a fim de que posteriormente o

²⁰ FOLHA ON LINE. STF pode decidir sobre legalidade de violação de e-mail por empresa. Disponível em : http://tools.folha.com.br/print?skin=emcima_dahora&url=http%2F%2Fwww1folha, 19.05.2005.

²¹ FOLHA ON LINE. Folha Dinheiro. Especialistas afirmam que a decisão é correta. Disponível em:http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi_170520059%2ehtm, 19.05.2005.

empregado não venha alegar em ação trabalhista que ficava à disposição do empregador no intervalo reservado para descanso. Portanto, deve ficar bem claro, que as páginas e o tempo de acesso, estão sendo monitorados, bem como, os eventuais e-mails, rastreados, pois a ausência de tais cuidados pode expor o sigilo da empresa, além de expor a risco de contaminação, o equipamento, por vírus. Outrossim, torna o empregador também responsável pela utilização de forma criminosa do equipamento, pelo seu empregado. Se o empregador não abrir exceções quanto à utilização de seu equipamento de trabalho para fins particulares, isso deve constar no regulamento da empresa. Saliente-se que, para o bloqueio de sites, não é necessário avisar o empregado, pois o material de trabalho pertence ao empregador, e, portanto, pode disponibilizar apenas os sites que julgar pertinentes ao trabalho.

- Se o empregado, apesar de ciente das restrições de uso do equipamento de informática colocado à sua disposição, ainda assim o fizer, estará abrindo mão de sua intimidade, e, ainda, praticando justa causa, a qual está capitulada no art.482 da Consolidação das Leis do Trabalho, podendo enquadrar-se na figura da desídia (o empregado é negligente com o seu trabalho ao distrair-se com aquilo que não está relacionado ao mesmo), e/ou ato de indisciplina (desatende à norma imposta no regulamento da empresa) ou mesmo em incontinência de conduta – se utilizar o e-mail para enviar fotos pornográficas, assediar colegas de trabalho, ou qualquer outra situação relacionada à moral sexual -, e, ainda, poderá até mesmo configurar o mau procedimento (por exemplo, venda de drogas pela internet).

- Para a hipótese do empregador autorizar o uso do equipamento para fins particulares, de forma expressa, ou se houver omissão, por parte do empregador, a respeito da questão, em caso de suspeita do mau uso do equipamento, pelo empregado, deve, o empregador, requerer auxílio judicial, para não desrespeitar a intimidade do empregado. Caso não o faça, poderá arcar com um pedido de rescisão indireta e indenização por danos materiais e morais, e, até, eventual processo criminal. Embora, destaque-se, a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, já citada anteriormente, acerca da justa causa mantida, em relação ao empregado do HSBC Seguros, em que foi reconhecido o direito da empresa de obter provas por meio do rastreamento do e-mail de trabalho do empregado, independente de ter sido notificado de que o equipamento era para uso estritamente corporativo.

- O poder de controle, como poder legítimo e fundamentado legalmente no art.2º da CLT, deve ser exercido de forma a preservar o capital, em em consequência, o trabalho. No entanto, o empregado não é uma mera máquina que repete ações totalmente voltadas à produtividade. Não podemos esquecer, que aquele trabalhador antes de tudo é um ser humano com carências existenciais, emocio-

nais, além de, na maioria das vezes, imolado por carências materiais. E, portanto, a empresa do século XXI, deve proporcionar um ambiente de trabalho, que embora vise a produtividade, para a manutenção do capital, e, em consequência, até mesmo do emprego, também tenha como objetivo um ambiente atrativo e socialmente agradável para o seu empregado.

Isso tudo, pode ser alcançado, desde que o empregador tenha em mente ao exercer o poder de controle, o Princípio da Razoabilidade, ou seja, estabelecendo o bom senso como limite ao seu poder diretivo e o respeito à dignidade do seu empregado/colaborador, como meta dessa relação de trabalho.

7. REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

DUARTE, Juliana Bracks e TUPINAMBÁ, Carolina.. **Direito à Intimidade do Empregado x Direito de Propriedade e Poder Diretivo do Empregador**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março de 2002.

ENGEL, Ricardo José. **O “Jus Variand” no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

FOLHA ON LINE. Folha Dinheiro. Especialistas afirmam que a decisão é correta. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi170520059%2ehtm>, Acesso em: 19.05.2005.

_____. STF pode decidir sobre legalidade de violação de e-mail por empresa. Disponível em: <http://tools.folha.com.br/print?skin=encimadahora.&url=http%A%2F%2Fwww1folha>, Acesso em: 19.05.2005.

MALLET, Estêvão. **Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho**. Revista LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, 68-11/1312.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Rosângela. Empresas monitoram o uso da internet. **O Estado do Paraná**. Curitiba, quinta-feira, 07 de Julho de 2005, Cidades, p. 8.

RAZZAK, Sâmar. Governo restringe acesso à internet. **O Estado do Paraná**. Curitiba, quarta-feira, 06 de Julho de 2005, Cidades.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 23. ed. Rio de Janeiro: 2003.

SILVA, Leda Maria Messias da. **Dano Moral: Direitos da Personalidade e o Poder Diretivo do Empregador**. Revista LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, 69-04/420/423.

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