
O Monitoramento Eletrônico dos Empregados pelo Empregador: Reflexões a partir da Decisão do RR 61300-23.2000.5.10.0013 pelo TST

Mariana Gusso Krieger

Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil

Docente do Curso de Direito do Trabalho da Universidade Tuiuti do Paraná

Introdução

O presente artigo pretende abordar o entendimento jurisprudencial do E. Tribunal Superior do Trabalho acerca do poder de controle do empregador, exercido sobre o empregado através do monitoramento eletrônico de e-mails no ambiente de trabalho e a possível colisão entre direitos fundamentais da privacidade/intimidade e propriedade.

Para tanto, analisar-se-á a decisão no processo n.º 61300-23.2000.5.10.0013, pioneira no tema.

No entanto, antes de adentrar-se na análise da decisão, se faz necessário sopesar os conceitos de regras e princípios e de colisão entre princípios e direitos fundamentais, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy.

É certo que tal tema levanta inúmeras indagações acerca dos limites dos direitos do empregador, em prol dos direitos dos empregados, tais como: até onde as empresas podem monitorar o trabalho de um empregado? Qual o nível de privacidade de um

empregado? Quais os limites para o monitoramento eletrônico? Qual direito fundamental deve prevalecer, o direito a intimidade do empregado ou o direito a propriedade do empregador?

Assim, a partir da teoria de ponderação de princípios de Alexy, pretende-se verificar a resposta oferecida pelo E. Tribunal Superior do Trabalho.

1 O Monitoramento Eletrônico dos Empregados pelo Empregador

A utilização da internet é uma realidade nos contratos de trabalho da atualidade, sendo utilizada como verdadeira ferramenta de trabalho por parcela significativa dos empregados.

Ocorre que embora seja uma eficiente ferramenta de trabalho, a internet também pode se tornar uma grande forma de dispersão dos empregados no local de trabalho, através de sua utilização para questões de ordem pessoal.

Por esta razão e com o intuito de tutelar o uso adequado dos meios tecnológicos disponíveis aos empregados, alguns empregadores, baseados no poder diretivo de fiscalização e no direito à propriedade, passaram a monitorar a utilização da internet e e-mails dentro do ambiente de trabalho.

Na visão de Alexandre Agra Belmonte, as formas de vigilância encaixam-se em três hipóteses:

Acesso às informações pessoais armazenadas no computador (facilitada quando se trata de máquinas em rede); Acesso ao conteúdo e registros dos emails enviados e recebidos e web pages visitadas; Acesso ao registro de uso, possibilitando saber como o empregado utiliza o computador, medindo-se tanto a quantidade quanto a qualidade do trabalho realizado.¹

Acontece que o empregado, enquanto cidadão, traz para dentro da relação empregatícia todos os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, em especial o direito à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade de correspondência, conforme artigo 5º. da Constituição.

Destarte, passou-se a discutir a constitucionalidade da realização deste controle patronal sobre os meios tecnológicos utilizados pelo empregado, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, do direito a intimidade/privacidade do empregado e do poder diretivo do empregador e seu direito à propriedade.

Na visão de Cristiano Siqueira de Abreu Lima:

A fiscalização da atividade laboral e o controle dos diversos setores da empresa estariam amparados no legítimo poder empregatício do empregador de determinar a forma como se procederá a administração do empreendimento.²

1 BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

2 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu. Os olhos do empregador na utilização de equipamentos audiovisuais. In LTr – Suplemento Trabalhista 39/03.

Nessa linha de raciocínio, o empregador tem o poder de direção para administrar sua atividade econômica, dentre tudo, proteger sua responsabilidade perante terceiros, não podendo o empregado exigir privacidade em ambiente ou suas extensões que não lhe são particulares.

Ana Amélia Menna Barreto de Castro Ferreira afirma que:

Uma vez que a informação contida nas mensagens cororativas é de natureza comercial e integra o ambiente privado da companhia, o sigilo que merece proteção se opera em favor do proprietário da ferramenta de trabalho e se dirige às informações sigilosas da empresa. Em se tratando de conta de correio eletrônico pessoal, a proteção à privacidade advém da natureza do ambiente confidencial e íntimo de seu titular.³

Em que pesem os argumentos acima despendidos, há, contudo, opiniões divergentes acerca do tema em comentário, como é o caso do entendimento de Alice Monteiro de Barros, que afirma:

[...] embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos de intimidade e privacidade, por constituírem espécie dos direitos de personalidade consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente

São Paulo: LTr, 2003.

3 CASTRO FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de. Correio Eletrônico Corporativo: Aspectos jurídicos in Revista de Direito do Trabalho – Revista dos Tribunais – V. 29, n. 110, Abr/jun, 2003

de encontrar-se o titular desse direito dentro do estabelecimento empresarial. É que sua inserção no processo produtivo não lhe retira o direito de personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis. (...) Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo, que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do trabalhador.⁴

Com base neste entendimento contrário, é possível concluir que os e-mails dos empregados, ainda que versem sobre assuntos que não tenham ligação com a atividade laboral, jamais poderão ser violados, inclusive nos casos em que houver previsão contratual vedando a utilização do correio eletrônico para assuntos particulares, o que pressupõe que eventual cláusula inserida no contrato de trabalho nesse sentido, será tida como nula.

De acordo com os ensinamentos de Mário Antonio Lobato de Paiva:

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

4 BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. In Genesis. Curitiba 12[67]: 011 – 096 – julho 1998.

Desta forma, há de se analisar a colisão existente entre os direitos fundamentais do empregado e os direitos fundamentais do empregador quando do monitoramento em questão, buscando demonstrar qual a solução mais ajustada e o entendimento do E. TST acerca do tema.

2 Conceito de Regras e Princípios e Solução de Conflitos entre Eles

O ambiente filosófico no direito constitucional brasileiro é o do *pós-positivismo*, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.⁵

5 BARROSO, Luiz Roberto. DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL. Disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf, acessado em 26.07.2012.

Robert Alexy é um dos autores constitucionalistas que faz a distinção das normas entre dois tipos fundamentais: os princípios e as regras.

Como citado por Fabio Gomes, para Alexy existem três teorias acerca da distinção entre regras e princípios que mais se destacam: i) a que afirma a impossibilidade de diferenciação, pois ambos possuem as mesmas qualidades lógico-deônticas; ii) a que indica ser o grau de generalidade a pedra de toque para a classificação normativa, considerando-se princípio quando possuíse um alto grau de generalidade e regra na hipótese de conter um grau de generalidade relativamente baixo; iii) a que defende existir uma diferença qualitativa (ou estrutural) entre as regras e os princípios.⁶

Para Alexy, a última teoria é a correta, pois seria aquela que permite distinguir com precisão as regras e os princípios.

Assim, o entendimento majoritário da doutrina é que embora os princípios e regras sejam normas jurídicas de um mesmo sistema, possuem significativas diferenças entre si, a dizer, o grau de abstração, o critério normogênético, o grau de densidade normativo e os padrões de validade de ambos, conforme se demonstrará abaixo.

6 GOMES, Fabio Rodrigues. O Direito Fundamental ao Trabalho. Rio de Janeiro: Editora lumen Juris, 2008, p. 81.

A primeira diferença apontada é a *abstração*, em que o grau de generalidade da norma jurídica é o que determina se estamos diante de uma regra ou princípio, uma vez que os princípios possuem um grau de abstração muito mais elevado do que as regras.

Frise-se que a generalidade está relacionada com a abrangência da norma, ou seja, com a quantidade de situações por ela abrangidas.

Outro critério adotado é o normogênético, o qual significa que os princípios são fundamentos das regras. Ou seja, as regras deveriam cumprir a função de realização dos princípios. Robert Alexy esclarece que regras e princípios, também são diferenciados com base no fato de que princípios serem razões para regras ou serem eles mesmos (princípios) regras, ou ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento. Neste sentido:

*“Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”*⁷

⁷ ALEXY, 2008, p. 91

Desta forma, como salientes Fabio Gomes, para Alexy os princípios seriam mandados de otimização, cuja característica essencial seria o fato de representarem deveres *prima facie*, isto é, de poderem ser cumpridos em diferentes graus. Este cumprimento, por sua vez, seria efetivado na medidas das possibilidades fáticas (disponibilidade orçamentária, por exemplo) e jurídicas, entendidas estas como os princípios e regras opostos.⁸

Há ainda o critério relacionado aos padrões de validade e vigência dos princípios e regras, a partir do critério definido como densidade normativa.

Os padrões de validade distinguem as referidas normas da seguinte forma: as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida e os princípios são normas impositivas de otimização do sistema, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos.⁹

Ou seja, as regras são normas jurídicas que obrigatoriamente têm que ser aplicadas ao caso concreto descrito em seus comandos. As regras só devem ser cumpridas ou não, ao modo do tudo ou nada, configurando-se como comandos definitivos, cuja aplicação dar-se-ia através de subsunção. Na hipótese de conflito entre regras, ou uma deles seria

⁸ GOMES, 2008, p. 83.

⁹ SCHIER, 2001, p. 104.

declarada inválida ou seria incluída uma cláusula de exceção.¹⁰

Já os princípios, são normas jurídicas que podem ou não ser aplicadas, de acordo com o caso concreto. Se dois princípios conflitantes forem aplicáveis ao mesmo caso concreto, um deverá preferir ao outro. Havendo colisão de princípios, a solução viria através de ponderação, uma vez que ambos seriam os dois lados da mesma moeda.¹¹

De acordo com Robert Alexy:

“Se dois princípios colidem (...) um dos dois princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.”¹²

Desta forma, tem-se que em casos de conflitos de princípios, a resolução de tal conflito se dará através de ponderação entre ambos os enunciados. Já para as situações de conflito de regras, a solução se dá através de um código binário de validade-não validade.

¹⁰ GOMES, 2008, p. 84.

¹¹ GOMES, 2008, p. 83.

¹² ALEXY, 2008, p. 94.

Ou seja, no conflito de normas, as regras estão vinculadas à subsunção e os princípios à ponderação.

Alexy ainda esclarece acerca da colisão de princípios que: “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de uma relação de precedências condicionadas consiste na fixação de condições, sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.”¹³

E o mesmo autor complementa:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade com suas três máximas parciais: da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.¹⁴

Ou seja, quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, deve-se, observadas

¹³ ALEXY, 2008, p. 96.

¹⁴ ALEXY, 2008, p. 116/117

as circunstâncias do caso concreto, estabelecer uma relação de precedência condicionada entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro.¹⁵

De acordo com Natalia Braga Ferreira, as condições sob as quais um princípio precede o outro são determinadas levando-se em conta o peso dos princípios postos em questão. De acordo com Alexy, o peso dos princípios é determinado da seguinte forma: “O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto”. Nesse sentido, a metáfora do peso utilizada por Alexy, denominada como Lei da Colisão, deve ser entendida como as razões suficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo.¹⁶

Dessa forma, a lei de colisão demonstra que a observância das circunstâncias do caso concreto é *conditio sine qua non* para a ponderação, não existindo, pois, relações de precedência absolutas entre os princípios.

15 FERREIRA, Natalia Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy. Disponível em: periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/.../1853.

16 FERREIRA, Natalia Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy. Disponível em: periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/.../1853.

Como dispõe Natalia Braga Ferreira, Alexy assevera que para que ocorra a ponderação se faz necessária a observância a lei da ponderação, a qual permite verificar que a ponderação se compõe em três passos: i) A ponderação exige, em primeiro lugar, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Nessa fase é indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais que compõe as colisões, para que a ponderação ocorra sem distorções; ii) Já a segunda etapa da ponderação, é definida como a necessidade de comprovação da importância de cumprimento do princípio em sentido contrário. Nessa fase ocorre a realização da ponderação, de modo que deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro. Assim, o intérprete terá que examinar as circunstâncias do caso concreto e sua repercussão sobre os elementos normativos; iii) Por fim, Alexy define a última etapa da ponderação como aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.¹⁷

Desta maneira, pode-se perceber que embora os princípios e normas sejam normas jurídicas, possuem significativas diferenças entre si, em especial no que toca ao padrão de validade e vigência entre ambos.

17 FERREIRA, Natalia Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy. Disponível em: periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/.../1853.

Assim, no caso dos princípios, tem-se que dois princípios que versem sobre direitos fundamentais podem, em um mesmo caso concreto, entrar em colisão. Para solução de tal conflito, Robert Alexy criou um método de sopesamento dos mesmos, chamado de lei da ponderação.

Como esclarece Virgílio da Silva, os princípios fundamentais possuem uma extensão *prima facie*, o que não lhes garante uma existência de direitos absolutos, mas cujas restrições somente se dão no caso concreto, mediante procedimentos de sopesamento.¹⁸

Assim, mencionados as diferenças entre regras e princípios e o caminho a se seguir em caso de conflito entre eles, oportuno analisar o caso concreto acerca da colisão entre os direitos fundamentais da intimidade e da propriedade na relação de trabalho, quando do monitoramento eletrônico do empregador.

3 A Decisão 61300-23.2000.5.10.0013 do TST

Trata-se de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu ter sido legal a demissão por justa causa, pelo HSBC Seguros, de um empregado que distribuiu fotos pornográficas por meio de seu *e-mail* corporativo. O empregado insurgiu-se contra

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores.

a justa causa alegando violação aos seus direitos de personalidade (intimidade e privacidade) e ajuizou reclamação trabalhista contra a empresa, que utilizou *e-mails* obtidos pelo monitoramento para provar os motivos da demissão. A empresa apresentou como tese de defesa o legítimo uso de seu poder diretivo e de seu direito à propriedade.

Em primeiro grau (Processo 13.000613/2000, 13ª vara do trabalho de Brasília) o reclamante obteve sentença favorável, haja vista que o magistrado entendeu que houvera violação de correspondência e que a prova obtida pelo monitoramento de *e-mail* não poderia ser admitida em juízo por ser ilegal.

O HSBC Seguros interpôs Recurso Ordinário no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Por unanimidade o Tribunal reformou a decisão e reconheceu a legalidade do monitoramento de correio eletrônico corporativo e de seu uso como prova em juízo, sob os fundamentos de que o *e-mail* corporativo não pode ser utilizado para fins particulares, que a empresa é detentora do provedor e dos computadores e possui a faculdade de rastrear os seus computadores; que no monitoramento não ocorre violação de correspondência, pois, o *e-mail* é de propriedade do empregador e que o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, foi criado com o intuito de proteger a intimidade das pessoas em situações que

comumente ocorrem em locais privados e não dentro de uma empresa.

As partes recorreram ao Tribunal Superior do Trabalho, que, por unanimidade, manteve o acórdão do TRT-10ªR. O TST reconheceu que o empregador pode exercer, de forma moderada, generalizada e impessoal, com a finalidade de evitar abusos, o controle sobre as mensagens enviadas e recebidas pelo correio eletrônico corporativo. Esclareceu que este, mesmo que cedido ao empregado, é de propriedade da empresa e tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho para a consecução do serviço, destinando-se a mensagens de cunho estritamente profissional, salvo consentimento do empregador. Por fim, a r. Decisão asseverou que os direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência dizem respeito apenas ao *e-mail* particular, quando utilizado com provedor próprio.

Nas palavras de João Oreste Dalazen, relator da decisão, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu que é válida a prova exibida em juízo pelo empregador consistente no rastreamento do e-mail corporativo e de seu provedor de acesso à internet visando apurar de quem era a responsabilidade pela divulgação de fotos pornográficas a partir de seus equipamentos e sistemas de informática. A prova foi considerada legal porque o e-mail corporativo tem

natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho. Logo, em princípio, a não ser que o empregador consinta, é de uso estritamente profissional.¹⁹

O Min João Oreste Dalazen, em seu voto, dispôs que:

“Na espécie, a invocação do princípio da proporcionalidade vem a propósito da necessidade de sopesarem-se os múltiplos valores jurídicos em xeque e não apenas o direito do empregado, como qualquer cidadão, à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No caso concreto, de um lado, não há, como ressaltado, identidade de fins entre o correio eletrônico particular e o corporativo, para que se pudesse cogitar de transgressão ao princípio da inviolabilidade da comunicação.

De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão --- valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de e-mail corporativo, dada a sua finalidade --- não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o direito do empregador à imagem. Ora, ocioso repisar quão comprometedor e danosa pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da Internet e do correio eletrônico da empresa.

Ademais, se se cuida de “e-mail” corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.”

Além disso, a decisão foi fundamentada no direito comparado, tais como em legislação do Reino Unido

¹⁹ Entrevista concedida por João Oreste DELAZEN. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/fz1706200510.htm>.

e em precedentes da Suprema Corte Americana, nos seguintes termos:

“Uma vez que o Brasil, como visto, ressentia-se da ausência de normatividade específica a respeito da correta utilização do e-mail corporativo pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo Empregador, revela-se pertinente um rápido exame dessas questões sob o prisma do Direito Comparado.”

Ao final do seu voto, corroborando todo o exposto, o Ministro defende expressamente a possibilidade do monitoramento eletrônico dos e-mails corporativos dos empregados, nos seguintes termos:

A insurgência do Agravante não merece prosperar.

No caso, o próprio Reclamante, nas razões do recurso de revista, reconhece que o e-mail corporativo foi disponibilizado pela Reclamada para ser utilizado “somente para assuntos e matérias afetas ao serviço”. (fl. 636)

Fixada tal premissa, e a exemplo do que já se delineia, como visto, no Direito Comparado, não diviso razoável expectativa de privacidade do empregado na utilização de “e-mail” corporativo fornecido pela Empresa.

Em meu entender, o e-mail corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o Empregador confia ao Empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais.

Penso, por conseguinte, que se o e-mail corporativo pertence à Reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o Empregador monitorar a atividade do Empregado, no horário de trabalho.

Bem se compreende que assim seja porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do Empregador exclusivamente para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, sem a proteção do sigilo pessoal de correspondência.

Não colhe o argumento do Reclamante de que a Empresa Agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do e-mail corporativo, ao providenciar para o ora Agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico.

Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao e-mail corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do Empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens.

Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas.

Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de e-mail corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, no caso, o empregado não tinha razoável expectativa de privacidade, o que se extrai da declaração de que o e-mail corporativo destinava-se “somente para assuntos e matérias afetas ao serviço” (fl. 636).

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

Analisando o Acórdão em questão, temos que é difícil identificar uma sistemática decisória, já que os argumentos são variados e não há um método decisório acerca do sopesamento da ponderação para decidir a colisão de princípios.

Embora se chegue a conclusão de que não há intimidade a ser preservada para o manuseio do correio eletrônico corporativo, pois este seria uma ferramenta de trabalho, há dúvidas acerca da extensão da decisão em comento.

Isso porque nessa linha de raciocínio, entenderíamos que o empregado não poderia utilizar o telefone, o computador ou nenhuma outra propriedade da empresa para uso pessoal, eis que também considerados ferramentas de trabalho.

No entanto, em tais situações o C. TST já decidiu de forma diversa.²⁰

Em decisão acerca de revista de armário do empregado, o C. TST firmou entendimento no sentido de que “o poder diretivo do patrão, decorrente do direito de propriedade, não é absoluto, quando a fiscalização colide com o direito à intimidade do empregado”, vejamos:

²⁰ A título exemplificativo, veja-se decisão de AI-RR 3.058/2005, 013-09-40.0, 8ª T., Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 06.05.2009, DEJT 22.05.2009;

92059201 - DANOMORAL, REVISTA DE ARMÁRIO. PODER DIRETIVO E FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR. EXCESSO. Ato ilícito configurado. A reclamada extrapolou seu poder diretivo e fiscalizatório, ao proceder à revista do armário do reclamante, sem sua prévia autorização ou presença, retendo até objetos pessoais. Não se trata de simples procedimento administrativo, em que a empresa, na presença do empregado, pode ter acesso ao seu armário, para retirada de objetos não pessoais, como equipamentos de proteção individual, mas de invasão à privacidade, ou seja, ao armário que foi colocado à disposição do reclamante, para a guarda, até mesmo, de objetos pessoais. O referido armário, como revela o TRT, possuía chave, o que evidencia, sem dúvida, seu uso personalíssimo, que, uma vez violado, resulta em dano à intimidade e à vida privada. Demonstrado, pois, o ato ilícito, bem como o dever de indenizar, permanece intacto o art. 186 do Código Civil. Agravo de instrumento não provido. Dano moral - Revista de armário - Poder diretivo e fiscalizatório do empregador - Excesso - Ato ilícito configurado. A reclamada extrapolou seu poder diretivo e fiscalizatório, ao proceder à revista do armário do reclamante, sem sua prévia autorização ou presença, retendo até objetos pessoais. Não se trata de simples procedimento administrativo, em que a empresa, na presença do empregado, pode ter acesso ao seu armário, para retirada de objetos não pessoais, como equipamentos de proteção individual, mas de invasão à privacidade, ou seja, ao armário que foi colocado à disposição do reclamante, para a guarda, até mesmo, de objetos pessoais. O referido armário, como revela o TRT, possuía chave, o que evidencia, sem dúvida, seu uso personalíssimo, que, uma vez violado, resulta em dano à intimidade e à vida privada. Demonstrado, pois, o ato ilícito, bem como o dever de indenizar, permanece intacto o art. 186 do Código Civil. Agravo de instrumento não provido. (Tribunal Superior do

Trabalho TST; AIRR 42-97.2010.5.12.0015; Quarta Turma; Rel. Min. Milton de Moura França; DEJT 25/11/2011; Pág. 771) CC, art. 186.

Não fosse apenas isso, embora a decisão “desclassifique” o direito fundamental à intimidade no presente caso, não fundamenta a decisão com qualquer método para sopesamento de princípios e direitos fundamentais.

Ao nosso ver, não houve, no presente caso, a passagem pelos três passos da ponderação, já que não identificou todos os elementos que compõem a colisão, tampouco a formulação de hipóteses de primazia de um princípio face ao outro.

Ou seja, não ocorreu, como propõe Alexy, uma fundamentação específica pelos julgadores, a fim de legitimar a ponderação, através de argumentos racionais.

Acerca do assunto, relevante mencionar os ensinamentos de Virgílio da Silva, que em relação aos procedimentos de sopesamento como forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais, destaca a importância da argumentação, de regras de valoração, de modo que seja possível “sustentar que uma medida estatal que restrinja direito fundamental seja constitucionalmente justificável se, além de adequada para fomentar o objetivo que persegue, não houver medida alternativa que seja tão eficiente quanto e que restrinja menos o direito atingido.”²¹

21 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial,

Tais circunstâncias, ao nosso ver, não ocorreram no presente caso.

Percebe-se, desta maneira, que a decisão em análise fere o direito do cidadão de ter seus dados protegidos e afeta seu direito fundamental à intimidade e à privacidade, em detrimento ao direito do empregador à propriedade, sem apresentar um método decisório válido.

Conclusões

Sabe-se que a ferramenta de e-mail, hoje em dia, é o instrumento mais utilizado como forma de comunicação e interação das pessoas, pela agilidade e comodidade que ela proporciona, viabilizando a transmissão de dados e o contato entre sujeitos que se encontram a milhares de quilômetros de distância.

No âmbito da relação de trabalho, de forma ainda mais visível, a utilização do correio eletrônico é imprescindível tanto no desempenho de atividades dentro da empresa, entre empregados, por exemplo, como também no relacionamento com o universo exterior à empresa, tais como com clientes.

É sabido que o mercado de monitoramento de e-mails tem crescido substancialmente, buscando o empregador assegurar que o seu empregado não está deixando de trabalhar ou divulgando informações confidenciais da empresa a terceiros.

restrições e eficácia. Malheiros Editores. Pág. 174.

Entretanto, há de se dizer que o avanço tecnológico não pode se constituir em um meio de violação dos direitos da personalidade.

A tutela da intimidade é atualmente garantida pela doutrina com um direito UNIVERSAL da personalidade, relacionado com a ideia de proteção da dignidade humana, contemplada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).

Cumprir observar que, a falta de legislação específica que regule a matéria sobre o monitoramento de e-mail corporativo quanto a sua licitude, a torna uma questão bastante controvertida entre os Tribunais, considerando que o exercício do poder diretivo no controle dessa ferramenta, choca-se frontalmente com os direitos individuais do trabalhador.

Por tal razão, viu-se a necessidade de analisar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, a partir da decisão no Agravo de Instrumento n.º 61300-23.2000.5.10.0013.

O C. TST decidiu no caso em questão que é válido o monitoramento eletrônico dos e-mails corporativos dos empregados, uma vez se tratar de ferramenta de trabalho.

Analisando o acórdão deste julgado, percebe-se que o TST vale-se do princípio da proporcionalidade e da

ponderação, aplicando-o aos direitos fundamentais que entram em conflito (direito à propriedade x direito à intimidade), sem demonstrar um método válido de sopesamento, conforme propõe Robert Alexy.

A decisão não foi fundamentada por argumentos racionais, a fim de legitimar a ponderação realizada.

Além disso, não demonstra coerência com outras decisões sobre questões análogas (ex.: revista em armários na empresa e câmaras de vigilância)

Dentro do cenário atual de capitalismo descomplexado, em que vivenciamos uma constante pressão por diminuição de custos, a sociedade deve tomar o cuidado de não acabar privilegiando a esfera patrimonial-financeira da empresa em detrimento da dignidade do empregado.

Como já dito o empregado, enquanto cidadão, traz para dentro da relação contratual todos os direitos e garantias previstos para as relações privadas, devendo ter respeitada a sua dignidade humana.

Por isso, para que se decida corretamente acerca do monitoramento de correio eletrônico dos empregados em cada caso concreto, se faz necessário a correta utilização do método decisório para resolução do conflito entre os princípios da intimidade/privacidade do empregado e propriedade/imagem do empregador, a partir do respeito a argumentos racionais decisórios!

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Direito à intimidade do trabalhador*. In Genesis. Curitiba 12(67): 011 – 096 – julho 1998;
- BARROSO, Luiz Roberto. *DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL*. Disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf, acessado em 26.07.2012.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004;
- BERBERI, Marco Antônio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CASTRO FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de. Correio Eletrônico Corporativo: Aspectos jurídicos in *Revista de Direito do Trabalho – Revista dos Tribunais* – V. 29, n. 110, Abr/jun, 2003
- GOMES, Fabio Rodrigues. *O Direito Fundamental ao Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora lumen Juris, 2008, p. 81.
- FERREIRA, Natalia Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy. Disponível em: periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/.../1853;
- LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu. *Os olhos do empregador na utilização de equipamentos audiovisuais*. In LTr – Suplemento Trabalhista 39/03. São Paulo: LTr, 2003;
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito constitucional: anotações nucleares*. Curitiba: Juruá, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores.