

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

LAÍS BEATRIZ KRULY

**DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO DO
EMPREGADOR: O USO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE
TRABALHO**

CURITIBA

2011

LAÍS BEATRIZ KRULY

**DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO DO
EMPREGADOR: O USO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE
TRABALHO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: **Prof.^a Dr.^a Aldacy Rachid
Coutinho**

**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

LAÍS BEATRIZ KRULY

O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR: O USO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Aldacy Rachid Coutinho
Orientadora

Wilson Ramos Filho
Primeiro membro

Nasser Ahmad Allan
Segundo membro

Curitiba, 09 de dezembro de 2011.

Dedico esta monografia aos meus pais, Zilda e José, sem os quais qualquer realização jamais teria sido possível; às minhas irmãs, Vânia e Andréia, que me ensinaram os valores de compaixão e justiça, muitas vezes da forma mais difícil; dedico também a todos meus amigos, cujos nomes evito enumerar para afastar qualquer possível esquecimento inoportuno; à Mariana, amiga de infância e de todas as horas; e ao meu namorado, Rafael, companheiro de todos os momentos e amor da minha vida.

“Inverno e verão são ambos necessários para o crescimento. Uma vez que essa idéia se fundamenta no coração, então cada momento de vida é um momento de gratidão. Deixe que isso se torne sua meditação e sua oração: Agradeça a Deus por cada momento: pelos risos, pelas lágrimas, por tudo. Assim você verá surgir um silêncio em seu coração que você não conhecia antes. Isso é o êxtase.”

Bhagwan Shree Rajneesh – Osho

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo principal analisar o monitoramento do correio eletrônico do empregado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à intimidade. Para tanto se utilizará do método dedutivo, partindo-se da análise da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo, sua função como princípio-matriz no ordenamento. Em seguida, serão analisados os direitos fundamentais que se fundam como preceitos jurídicos necessários para que a pessoa humana se realize de forma plena, num ambiente de liberdade, igualdade e dignidade. Posteriormente, serão estudados os direitos da personalidade, em especial a intimidade, apresentando o histórico, o conteúdo e a aplicação desta última. Feito isto, caracterizar-se-á o poder diretivo do empregador, observando-se suas prerrogativas, bem como, suas limitações. O último capítulo abordará a utilização do e-mail no ambiente de trabalho, a diferença entre e-mail pessoal e corporativo e a possibilidade de monitoramento de ambos. Evidenciar-se-á que o e-mail pessoal não admite exame, visto que sigiloso, enquanto profunda controvérsia emerge quanto à possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo. O que se pode vislumbrar é que, diante do vácuo legislativo no que concerne ao tema, duas correntes intentam solucionar o embate: a primeira considera o e-mail corporativo um instrumento de trabalho e um bem incorpóreo da empresa, passível de monitoramento com base no direito fundamental de propriedade associado ao poder diretivo do empregador, não sendo possível se falar em invasão ou agressão à intimidade; a segunda defende a total inconstitucionalidade do exame do correio eletrônico corporativo, com fulcro no sigilo assegurado pelo art. 5.º, XII da Constituição Federal e que seu monitoramento fere o princípio da dignidade da pessoa humana e um dos mais relevantes direitos da personalidade, a intimidade. Desta maneira, urgente é a necessidade de inovações legislativas capazes de atender as necessidades das partes envolvidas na relação empregatícia, com o fito de tutelar a atual conjuntura do direito à intimidade em face das novas tecnologias.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Direito à intimidade. Direitos da personalidade. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Poder diretivo. Correio eletrônico. E-mail corporativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – O DIREITO À INTIMIDADE	11
1.1. NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.3. DIREITOS DA PERSONALIDADE	18
1.4. NOÇÃO DE INTIMIDADE	23
1.4.1. Distinção entre intimidade e privacidade.....	27
1.4.2. O direito à intimidade enquanto direito fundamental	29
1.4.3. O direito à intimidade como uma das manifestações da personalidade	30
CAPÍTULO 2 – O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	32
2.1. O EMPREGADO E O EMPREGADOR.....	32
2.2. O PODER DIRETIVO	34
2.2.1. O poder diretivo e a subordinação.....	42
2.2.2. Limites do poder diretivo.....	44
CAPÍTULO 3 – A UTILIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO	51
3.1. OS MEIOS VIRTUAIS, ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNET E O CORREIO ELETRÔNICO	52
3.2. O DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO.....	56
3.3. LIMITAÇÕES AO DIREITO À INTIMIDADE.....	57
3.4. DIREITO À INTIMIDADE <i>VERSUS</i> INTERNET	60
3.5. DO MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR E SUAS NUÂNCIAS JURÍDICAS	64
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

INTRODUÇÃO

Passados dois séculos da Revolução Industrial, vivencia-se agora outro momento, denominado de Revolução Tecnológica, caracterizado pela “crescente pressão da tecnologia de ponta sobre a economia do emprego”¹.

A Revolução Tecnológica possui incalculável dimensão e profundidade, porquanto o advento da tecnologia ocasionou mudanças significativas em toda a sociedade, fazendo emergir diversas questões de cunho social e jurídico.

Nesta esteira de raciocínio, a presente monografia visa analisar o impacto desta Revolução Tecnológica no âmbito trabalhista, especialmente no que concerne ao direito à intimidade do empregado em relação ao seu correio eletrônico.

A questão que paira é: como assegurar a proteção da intimidade perante a maior invenção tecnológica dos últimos tempos, a Internet? O controle silencioso realizado através das novas tecnologias desenvolvidas pode ser assimilado ao mundo concebido por George Orwell em sua obra “1984”. Um mundo habitado por homens de vidro e permanentemente vigiado, onde o privado nada mais é que a extensão do público e tem como personagem principal o onipresente Big Brother, o Grande Irmão, que controla a intimidade e a vida privada de todos.

Embora sejam muitas as benesses decorrentes da denominada “Era da Informação”, deve-se buscar um equilíbrio entre a liberdade de uso dos novos meios virtuais disponíveis para que não se sufoque qualquer direito inerente à pessoa humana, como a intimidade. A difícil questão é saber o limite entre monitorar o trabalho e monitorar o trabalhador.²

Em virtude disso, a legitimidade do monitoramento por parte das empresas através dos meios virtuais, em especial o correio eletrônico, é um questionamento que tem surgido com freqüência no meio jurídico, especialmente devido à ausência de previsão legislativa específica sobre o assunto, fazendo com que a problemática esteja longe de ser pacificada e o equilíbrio cada vez mais difícil de ser atingido.

Este trabalho implicará, primeiramente, um breve esforço do direito constitucional, o qual possui como fundamento e cerne a dignidade da pessoa

¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2003, p. 24.

² FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo** – o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006, p. 124 e 125.

humana. Para tanto, no primeiro capítulo analisar-se-á o direito à intimidade através do princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro e base de toda e qualquer relação intersubjetiva, a dignidade da pessoa humana; passando-se, em seguida, ao exame dos direitos fundamentais, cuja fonte é a dignidade da pessoa humana e posteriormente se fará breve estudo dos direitos da personalidade, com ênfase na análise do direito à intimidade.

Em seguida, no segundo capítulo, examinar-se-á o poder diretivo do empregador, partindo-se da conceituação deste e de empregado, para, posteriormente, pormenorizar-se a mais importante das prerrogativas daquele, o poder diretivo. Correlato ao poder de direção do empregador está o dever de sujeição do empregado, o qual será analisado subseqüentemente. Haja vista a evidente hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador, somada à ausência de um firme contingenciamento legal, muitos são os casos de abuso do poder diretivo. Visando impor um limite ao poder de direção do empregador, muitos autores criam teorias que objetivam limitá-lo, cuja análise se encontra no fim deste capítulo.

No terceiro capítulo, serão feitas algumas considerações sobre a internet e o correio eletrônico para, posteriormente, diferenciar o correio eletrônico pessoal e o correio eletrônico corporativo e os argumentos que sustentam a possibilidade e a impossibilidade de monitoramento pelo empregador. Como se verá, é consensual a proteção do direito à intimidade do trabalhador no que concerne seu e-mail pessoal, não sendo permitido ao empregador a vistoria deste meio de comunicação. As dúvidas, no entanto, circundam a possibilidade de monitoramento do correio eletrônico da empresa fornecido ao trabalhador, quais sejam: seria o e-mail corporativo considerado uma ferramenta laboral? Sendo ele considerado um bem incorpóreo da empresa, poderia o empregador monitorá-lo com base no seu direito de propriedade e poder diretivo? A prática de monitoramento do e-mail corporativo pode ser considerada abusiva por violar a intimidade do trabalhador? Visando tornar mais claro o problema, analisar-se-á os dois pontos de vista possíveis para o caso, o primeiro, que admite a possibilidade de monitoramento, considerando-a constitucional; e o segundo, que, fundado no direito à intimidade do empregado e em sua dignidade, admite a proteção do sigilo do correio eletrônico corporativo utilizado pelo empregado.

Por fim, há de ser registrado que o presente estudo não possui como objetivo apresentar uma solução definitiva para o problema posto, mesmo porque o trabalho

monográfico não o permite, diante da sua complexidade e amplitude, consistindo em mero ponto de partida e de início de discussão para o tratamento da questão.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO À INTIMIDADE

1.1. NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em que pese o objetivo do presente trabalho não ser a análise aprofundada do que se entende por dignidade da pessoa humana, uma noção geral a respeito do tema se faz necessária para que se possa compreender o tema principal do presente capítulo, qual seja o direito à intimidade.

Concebida como “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”³, a dignidade da pessoa humana possui extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o direito a ela um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, portanto, o núcleo básico e informador de todo o sistema normativo, constituindo-se em bem jurídico absoluto⁴, devendo permear todas as relações jurídicas intersubjetivas, inclusive as trabalhistas.

No que concerne à temática ora abordada, afirma Elimar Szaniawski:

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrado sob dois aspectos. De um lado, representa uma qualidade substancial do ser humano, a dignidade como sendo a expressão da essência da pessoa humana e, de outro, o fundamento da ordem política e de paz social, revelando-se uma fonte de direitos.⁵

Para José Afonso da Silva a dignidade da pessoa humana consiste em “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”⁶. Assim, entende-se que a realização da dignidade da pessoa humana está estritamente ligada à realização de outros direitos fundamentais⁷, os quais foram expressamente dispostos pelo constituinte.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.125.

⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 143.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

⁷ Fator este que não extrai da dignidade um sentido autônomo, até porque, são diversas as situações nas quais se observa o conflito entre a idéia de dignidade e direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet identifica a dignidade da pessoa humana como um valor que tem como objetivo resguardar o indivíduo contra qualquer ato que lhe possa levar ao menoscabo. Nesse sentido afirma ser a dignidade da pessoa humana:

[...] uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸

Ao reconhecer o vínculo estreito existente entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana e por compreender que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, o autor acima mencionado proporciona uma visão bivalente da atuação do Estado: a primeira dita ação positiva ou ativa, que conduz à idéia de promoção de ações concretas capazes de efetivar uma vida digna a todos os cidadãos; e a segunda, denominada negativa ou passiva, de acordo com a qual o Estado atuaria de forma a evitar possíveis agressões aos direitos de seus cidadãos.

No entender de Luiz Antônio Rizzatto Nunes, a dignidade deve ser compreendida como “uma conquista que o ser humano realizou no decorrer dos tempos, derivada de uma razão ético-jurídica contra a crueldade e as atrocidades praticadas pelos próprios humanos, uns contra os outros, em sua trajetória histórica”⁹.

Para Oscar Vilhena Vieira, a dignidade é um valor derivado das relações intersubjetivas e o “direito à dignidade está associado à proteção daquelas condições indispensáveis para a realização de uma existência que faça sentido para cada pessoa”¹⁰. Na concepção do autor, desta forma, a dignidade não é uma característica natural do homem, mas sim uma construção moral, pois ninguém nasce com um valor inerente a si.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. In: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.141.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. Editora Malheiros, 2006, p. 66.

Em que pese muitos autores defendam (ou tenham defendido) ser o homem digno pelo simples fato de ser ele racional, referida proposição se demonstra deveras simplista. Nesse sentido, explica Oscar Vilhena Vieira:

[...] seria mais correto dizer que o papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados.¹¹

O trecho destacado exprime a segunda formulação do imperativo categórico de Kant: "Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio" (KANT, 1995:66). O fato de todo homem ser um fim em si mesmo permite concluir que possui ele uma característica que lhe é intrínseca; referida característica é a dignidade.

Na filosofia de Immanuel Kant que se baseiam a maioria das definições da linha jus naturalista, edificada nos conceitos de autonomia¹² e do direito de autodeterminação da pessoa.¹³

De acordo com a visão kantiana, o mundo social é composto por duas categorias de valores, a dignidade, representante de um valor geral e interior (moral), e o preço, o qual representa um valor particular e exterior (de comércio). Aquilo cujo valor pode ser mensurado é possuidor de preço, podendo ser substituído por algo similar ou equivalente – não possui, pois, dignidade. Contudo, aquilo que existe como fim em si mesmo, insubstituível e que não atua como meio, possui dignidade. Neste sentido, pode-se afirmar que coisas possuem preço, enquanto pessoas dignidade.¹⁴

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. Editora Malheiros, 2006, p. 67.

¹² Esta compreendida em abstrato como a potencial capacidade do indivíduo de autodeterminar sua conduta a partir da liberdade da qual desfruta, sendo que sua realização independe da pessoa em concreto, o que conduz ao entendimento de que o absolutamente incapaz, independentemente da ausência de racionalidade, possui dignidade tanto quanto o indivíduo que desfruta de plena capacidade mental.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em junho de 2011.

¹⁴ OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e direitos humanos**. Curitiba: Editora UFPR, 2003, p. 56.

Passando-se a uma análise jurídica, deve-se ressaltar que, ao invés de ser alocada no rol de direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana, passou, com a Constituição de 1988, a possuir tratamento de princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 1.º, III, da CF/88). Tal se deu devido ao caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana, sendo ela fundamento e critério hermenêutico de muitos desses direitos, “conferindo unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais”¹⁵. Trata-se, portanto, de um valor constitucional supremo, o núcleo axiológico da Constituição, que somente poderá ser concretizado, quando for possível, a todos os indivíduos da sociedade, uma existência que permita o pleno gozo de todos os direitos fundamentais.

Nesse sentido, entende-se que a dignidade da pessoa humana tem como objetivo delimitar as condições para uma existência mínima aos indivíduos e, por ser uma qualidade comum a todos, deve ser interpretada como uma obrigação geral, tendo em vista que cada indivíduo pertencente à sociedade é credor de um dever de igual respeito e proteção, seja ele rico ou pobre, empregador ou empregado. Ademais, pelo papel fundamental desempenhado, atua a dignidade da pessoa humana como princípio gerador de outros princípios fundamentais, como um supraprincípio gerador. Desta forma, tendo em vista a total relação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, oportuna a análise destes, o que se faz a seguir.

1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inúmeros são os conceitos de direitos fundamentais existentes na doutrina, cada qual com suas especificidades e fundamentos.

Conforme o entendimento de José Afonso da Silva, o Direito é um fenômeno histórico-cultural que atua através de um sistema normativo coeso, o que possibilita, portanto, um estudo através das unidades estruturais que o compõem, sem que se

¹⁵ PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. **Dignidade da pessoa humana**: mínimo existencial e limites à tributação no estado democrático de direito. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

perca a totalidade de suas manifestações.¹⁶ Os direitos fundamentais estão dentro de uma dessas unidades estruturais que compõem o Direito.

Partindo-se da concepção de José Afonso da Silva do Direito como um fenômeno histórico-social, percebe-se que, até mesmo os direitos fundamentais, uma de suas unidades estruturais, possuem denominação e conceito imprecisos devido à constante mutabilidade cultural no decorrer dos tempos. O mesmo autor aduz, ainda, que as expressões “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos fundamentais”, “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas”, têm sido constantemente utilizadas de forma errônea, vez que possuem significados diversos, mas são utilizadas indistintamente como sinônimos de direitos fundamentais.¹⁷ Adotar-se-á no presente trabalho a terminologia “direitos fundamentais”, por ser esta a mais difundida no âmbito doutrinário.

A expressão “direitos fundamentais” está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana, pois ao ser humano se devem proporcionar condições para se realizar e se desenvolver em todos os aspectos, de forma livre e digna. Nesse sentido, é possível observar que a própria expressão guarda em si,

[...] no qualificativo fundamentais a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive e; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos *fundamentais do homem* significa direitos fundamentais da pessoa humana ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17.¹⁸

Alexandre de Moraes, por sua vez, ao tentar definir a finalidade de referido direito, segue o entendimento de Canotilho, afirmando que os direitos fundamentais funcionam como uma forma de limitação que visa garantir um mínimo de direitos aos

¹⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p.33.

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p.176 a 178.

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178.

cidadãos perante os demais indivíduos da sociedade e ao próprio Estado, sendo, portanto, direitos de defesa do cidadão, direitos assecuratórios.¹⁹

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Francisco Melton Marques de Lima afirma que os direitos fundamentais constituem

[...] matéria constitucional por excelência nos modelos contemporâneos, porque protegem o cidadão contra o arbítrio oficial e estabelece as “cerquinhos” de direitos e liberdades subjetivas dos indivíduos reciprocamente considerados. Nessa condição, esses bens já se impõe como uma ordem supraestatal e supraconstitucional.²⁰

Os direitos fundamentais do homem fundam-se como preceitos jurídicos necessários para que a pessoa humana se realize de forma plena, num ambiente de liberdade, igualdade e dignidade. Neste sentido, José Afonso da Silva afirma os direitos fundamentais como “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”²¹.

Apesar dos diversos conceitos apresentados, percebe-se que todos demonstram os direitos fundamentais como direitos de defesa que, ao mesmo tempo, visam garantir um mínimo existencial para a pessoa.

Relevante frisar, ainda, a importância do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana em sua atuação como núcleo informativo dos direitos fundamentais, de forma que, somente ao se observar aquela, é que estes serão efetivamente realizados.

Partindo do entendimento retro exposto, ao se analisar a origem dos direitos fundamentais, entende-se que esses são resultantes de uma intensa luta do homem contra a opressão e em busca de sua dignidade. Referidos direitos tiveram seu processo evolutivo marcado por diversas declarações de direitos, a mais importante delas foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), marcada pela generosa universalidade dos direitos consagrados, sendo seu tripé fundamental os direitos de igualdade, liberdade e fraternidade. A partir deste marco, passou-se à inserção desses direitos, inerentes à pessoa humana, nos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países. A Constituição Federal brasileira

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25

²⁰ LIMA, Francisco Melton Marques de. **A carta dos sonhos e os direitos fundamentais**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região Curitiba – Paraná, a.33, n. 60, jan./jun., 2008, ISSN 0100-5448.

²¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p.179.

de 1988, seguindo a tendência mundial, ainda que de forma retardatária, inseriu os direitos e garantias fundamentais em seu “Título II”.

Hodiernamente, a doutrina apresenta a análise dos direitos fundamentais por meio das chamadas gerações sucessivas (direitos fundamentais de primeira geração, de segunda geração e de terceira geração), as quais traduzem um processo cumulativo e qualitativo baseado nos princípios cardeais dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade.²²

Deste modo, têm-se como direitos fundamentais de primeira geração, aqueles relativos à liberdade (civis e políticos), oponíveis ao Estado. Em outros termos, são os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.²³ Aqui reside o direito à vida, o direito à inviolabilidade do domicílio e, o que mais interessa para o presente trabalho, o direito à intimidade.

Com feito, os direitos de segunda geração são os direitos decorrentes do princípio da igualdade, quais sejam os sociais, os culturais e os econômicos, que proporcionaram uma antítese ao dito Estado liberal, de forma que obrigam ao Estado atuar de forma positiva para diminuir as desigualdades sociais.

Por fim, o último dos três princípios cardeais dos direitos fundamentais, a fraternidade, foi a base dos chamados direitos de terceira geração. De acordo com Paulo Bonavides, devido às diferenças do nível de desenvolvimento das nações, direitos que não possuem como lastro os interesses de indivíduos ou de uma coletividade, mas sim que possuem correlação com o gênero humano como um todo, passaram a emergir. Correspondem ao direito ao desenvolvimento, uma saudável qualidade de vida, o direito à paz, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação e outros direitos difusos.²⁴

É possível debater, ainda, a respeito da existência de direitos de quarta geração. Referidos direitos possuem suas raízes na globalização do neoliberalismo, a qual fez surgir a globalização política que se funda na teoria dos direitos fundamentais. Tem-se nesta fase a institucionalização do Estado social. Neste sentido são direitos de quarta geração “o direito à democracia, o direito à informação

²² Referidos princípios consagrados, como já mencionado, como tripé da Revolução Francesa. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed.. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27.

e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”²⁵.

Dentre as diversas formas de análise dos direitos fundamentais, destaca-se, ainda, a apresentada por José Afonso da Silva, a qual os ordena em cinco grandes grupos: direitos individuais (art.5.º)²⁶; direitos à nacionalidade (art. 12.º); direitos políticos (arts. 14.º a 17.º); direitos sociais (art. 6.º, 193.º e ss.); direitos coletivos (art. 5.º) e direitos solidários (art. 3.º e 225.º).²⁷

Analisadas as formas de classificações mais relevantes, o estudo se restringirá à análise dos direitos da personalidade, os quais possuem como escopo a proteção da dignidade da pessoa humana e visam proteger o indivíduo em níveis ainda mais profundos.

1.3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para que seja possível a vida em sociedade, essencial que haja um mínimo de harmonia na convivência dos indivíduos que a compõem. Visando coibir atos abusivos, proteger a pessoa humana e promover a mencionada convivência minimamente pacífica, faz-se necessária a garantia de certos direitos aos indivíduos pertencentes à sociedade, os quais, quando agrupados, conformam o que se denomina direitos da personalidade.

Objetivando oportunizar uma defesa mais abrangente da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da própria pessoa humana, surgem os chamados direitos da personalidade. Neste sentido, “sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, com a finalidade de preservar a sua dignidade”²⁸.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

²⁶ Conforme José Afonso da Silva, os direitos individuais se desdobram em: direito à vida, direito de igualdade, direito de liberdade, direito de propriedade e direito de intimidade. Este último, de maior relevância para o presente trabalho, será devidamente analisado no tópico correspondente.

²⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p.183.

²⁸ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999, p. 89.

Tradicionalmente, a personalidade é definida como a “susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas”²⁹. Trata-se, portanto, do fundamento e pressuposto de direitos e obrigações jurídicas, constituindo, portanto, uma pré-condição para sua efetivação.

De acordo com Sandra Lia Simón, a personalidade é concretizada através de uma série de direitos, sem os quais equivaleria dizer que a pessoa não existiria.³⁰ No mesmo sentido, Luiz Édson Fachin define a personalidade como “aquela que atribui sentido de ser à pessoa”³¹. Assim, entende-se que não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se está revestido dessa susceptibilidade da qualidade de pessoa.

A respeito da existência de um mínimo de direitos que são essenciais para dar conteúdo à personalidade, Adriano de Cupis leciona:

[...] existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo seu valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.³²

De acordo com Carlos Alberto Bittar, consideram-se direitos da personalidade aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa dos valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”³³.

De se relevar o que afirma Otto von Gierke acerca do tema:

Chamamos de direitos de personalidade os direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como “direitos sobre a própria pessoa” distinguindo-se com isso, através da referencia à especialidade do seu objeto, de todos os outros direitos... Os direitos de personalidade distinguem-se, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como

²⁹ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Moraes editora, 1961, p. 13.

³⁰ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.61.

³¹ FACHIN, Luiz Édson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35.

³² DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Moraes editora, 1961, p. 17.

³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2006, p. 1.

pessoa. O direito de personalidade é um direito subjetivo e deve ser observado por todos.³⁴

Os direitos de personalidade correspondem às faculdades exercidas normalmente pelo ser humano, fundando-se no direito à dignidade da pessoa humana, possuindo como fim os atributos físicos, psíquicos ou morais da pessoa em si e em suas projeções na sociedade.³⁵

A personalidade possui como objeto tudo aquilo que disser a respeito da natureza do homem, como por exemplo, a vida, a liberdade (v.g. de pensamento, social, filosófica, religiosa, política, sexual, de expressão), a proteção de dados pessoais, a integridade física e moral, a honra, a imagem, a vida privada, a privacidade, a intimidade, a intangibilidade da família, a autoestima, a igualdade e a segurança.³⁶ Nesse diapasão, é possível afirmar que, todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, podem ser designados como direitos da personalidade.

Assim, os direitos ditos essenciais, cuja função é tornar concreta a personalidade, são os denominados direitos da personalidade. O direito à intimidade, analisado mais adiante, é considerado um dos direitos essenciais a compor os direitos da personalidade, os quais, por sua vez, “regem (ou deveriam reger) os princípios mais básicos da relação do homem com a sociedade (ou seja, com todos os outros homens)”³⁷.

A partir do exposto, é possível observar a ausência de um consenso na conceituação dos direitos da personalidade, decorrente, principalmente, da sua recente construção jurídica, tornando-a uma categoria envolta por dúvidas e inquietações. De acordo com Eroulths Cortiano, apesar da dificuldade em se estipular um conceito unívoco a respeito do tema, há um dado em unanimidade: a

³⁴ GIERKE, Otto von. **Deutsches Privatrecht**, p. 702 e 703. In: CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português, I. Parte geral, tomo I, 2. ed..Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p.203.

³⁵ GUNTHER, Luiz Eduardo. **Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. A. 33, n. 60, jan./jun., 2008, p. 42.

³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 2. ed. atual. até 15/06/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 173.

³⁷ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 13.

existência de um direito objetivo da personalidade, o qual atua como fundamento do ordenamento jurídico como um todo.³⁸

Quanto às características gerais dos direitos da personalidade, a doutrina igualmente se mostra dissonante, sendo possível, contudo, apontar como características gerais desse direito, o de ser: absoluto, indisponível, intransmissível, irrenunciável, passível de consentimento, imprescritível.

O direito da personalidade, na lição do doutrinador italiano Adriano De Cupis, consiste em direito não-patrimonial, por não assegurar ao indivíduo uma utilidade econômica de forma imediata. Pode, também, ser considerado essencial, na medida em que, conquanto não se trate de um direito necessariamente inato (decorrente da mera existência do indivíduo), são direitos que garantem a continuação de sua existência. Incluem-se entre os direitos intransmissíveis, por força da existência de um nexó orgânico que une o sujeito e o objeto, tornando impossível a mudança de sujeito. Ainda, enquanto intransmissíveis são também indisponíveis, não sendo possível subtrair-lo do poder de disposição do indivíduo. É um direito irrenunciável devido à impossibilidade de eliminação da esfera de seu titular ainda que seu titular se abstenha de exercê-lo.³⁹

O acima mencionado doutrinador afirma ser possível, ainda, o consentimento de lesão de um titular de um direito da personalidade, mas ainda assim tal não importa na renúncia desse direito. Tal consentir é equivalente à possibilidade de se designar o destino de um direito subjetivo, o que, contudo, não atinge a essência desse direito.

Finalmente, os direitos da personalidade constituem direitos imprescritíveis, impossíveis de serem extintos em razão do tempo.

No tocante à sistematização dos direitos da personalidade dentro do ordenamento jurídico pátrio, tem-se que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República; os direitos decorrentes dela também foram tomados como fundamentais. Entende-se, portanto, que os direitos da personalidade, através da dignidade da pessoa humana (assegurada no inciso III do art. 3.º da Constituição Federal), também encontram amparo na Constituição Federal.

³⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontos sobre os chamados direitos da personalidade**. In: FACHIN, Luiz Édson. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 43.

³⁹ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Moraes Editora, 1961, p. 27 a 31.

Elimar Szaniawski, afirma que, ainda que o constituinte não tenha inserido de forma expressa na Constituição Federal nenhuma cláusula destinada a tutelar a personalidade da pessoa humana, não se pode negar que, ao proteger a vida, a igualdade, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, o segredo, direito de resposta, a liberdade, entre outros, que são categorias de direitos especiais da personalidade, a doutrina geral dos direitos de personalidade não tenha sido absorvida pela constituição, “adotando-a em seu título I, concernente aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, protegendo a dignidade humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantindo-os”⁴⁰. Atente-se para a lição do professor supracitado:

[...] os princípios fundamentais, inseridos na constituição, não se destinam, somente, à tutela de direitos do indivíduo contra atos do Estado. Os princípios constitucionais, principalmente a partir do fenômeno da constitucionalização do direito privado e da superação da dicotomia do direito, dividindo-o em direito público e privado, constituem-se em legítimos preceitos para a realização da vida social, possuindo um relevante significado para as relações entre os particulares. Identicamente, possuem as normas constitucionais, para um autêntico e social Estado de direito, efeitos imediatos no âmbito privado, nas relações jurídicas entre indivíduos que são imprescindíveis para uma sociedade livre. Deste modo, funciona e atua o princípio da dignidade da pessoa como uma cláusula geral de tutela da personalidade do ser humano, tutelando-a em todas as suas dimensões.⁴¹

Desta maneira, sustenta-se que o direito à personalidade, ainda que não possua dispositivo expresso na Constituição Federal, é informado e tutelado por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo possível concluir que o direito geral de personalidade está consagrado no art. 1.º da Constituição da República, qualificado como um direito fundamental. Vale ressaltar que, conjuntamente ao princípio retro referido, diversos outros princípios fundamentais auxiliam a realização da personalidade.⁴²

Conforme ressaltado, apesar de a personalidade humana se consubstanciar no princípio da dignidade da pessoa humana presente no art. 1.º da Constituição Federal, diversos outros princípios fundamentam a personalidade no decorrer dos artigos da Constituição Federal, destacando-se o art. 5.º, no qual foram arrolados

⁴⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 136.

⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 143.

⁴² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 138.

alguns direitos da personalidade humana. Mas ainda maior relevo para este trabalho aquele disposto no inciso X do mencionado dispositivo constitucional (art. 5º), o qual expressamente garante o direito à intimidade, tema principal do presente capítulo.⁴³

No que toca à abordagem dos direitos da personalidade no sistema jurídico pátrio, Eroulths Cortiano Jr. afirma que é evidente que o Brasil adotou o sistema de um direito geral da personalidade (conjuntamente a proteção tipificada), pois o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito.⁴⁴

Percebe-se, portanto, que o constituinte brasileiro optou por um sistema de tutela da personalidade humana, vinculando o direito geral de personalidade à dignidade da pessoa humana e alguns outros princípios constitucionais fundamentais que se encontram espalhados em diversos Títulos, os quais asseguram o exercício do livre desenvolvimento da personalidade humana.

1.4. NOÇÃO DE INTIMIDADE

Nem sempre foi pleno o entendimento da intimidade como um direito de todos os seres humanos. Inicialmente, a intimidade era um privilégio somente das altas classes sociais. Contudo, com o crescimento da classe burguesa, cresciam também seus anseios de proteger sua intimidade.

Assim, o direito à intimidade se sedimentou como uma aspiração da classe burguesa, ascendendo junto a esta que ansiava por sua proteção, transformando um privilégio que era resguardado aos poucos pertencentes às altas classes sociais em uma ambição de muitos.

Essa aspiração da burguesia ao direito à reserva, ao isolamento, pode ser mais bem compreendida se analisada a partir de seu contexto histórico, porquanto naquela época se vivia em um Estado Liberal, que não considerava nem mesmo

⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 144.

⁴⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. In: FACHIN, Luiz Édson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 47.

busca tornar todos os indivíduos da sociedade iguais, mas apenas promover os privilégios de uma classe, a burguesa.

Por longo período, a burguesia compreendeu os conceitos de *privacy* e *property* como conexos, “condicionando a obtenção da intimidade à propriedade privada”⁴⁵.

Trata-se do “direito de ser deixado em paz”, o “direito de estar só”, similar ao significado da difundida máxima inglesa “my home is my castle”, com a marcante característica de absoluta abstenção do Estado na esfera dos indivíduos.⁴⁶

O início da discussão teórica a respeito da intimidade surgiu com o artigo denominado “The Right of Privacy”, de Samuel Warren e Louis Brandeis, cujo objetivo principal foi o de alertar a sociedade sobre excessos praticados pela imprensa e a banalização da vida privada dos cidadãos.

A partir deste artigo, publicado em 1890, o direito à intimidade sofre uma metamorfose, desvinculando-se de sua raiz “jus privatista” e deixando de ser considerado como um bem, passando a ser compreendido como algo intrínseco à personalidade do indivíduo.⁴⁷

Dessa maneira, entende-se que Warren e Brandeis vincularam o direito à privacidade à inviolabilidade da personalidade, provocando uma ruptura com a tradicional idéia que associava o direito de propriedade à vida privada (consubstanciada na idéia de “castelo”).

O ensaio de Warren e Brandeis foi considerado pioneiro no assunto e visou demonstrar os conflitos existentes entre o direito à intimidade e o direito à informação, os quais persistem mesmo nos dias atuais. Assim, percebeu-se que o direito ao isolamento, havia ficado cada vez mais difícil de ser alcançado devido à “crescente intromissão na vida alheia propiciada pelo desenvolvimento tecnológico”⁴⁸.

Mencionado ensaio, considerado por muitos como “um divisor de águas no tocante à consagração do direito à intimidade”⁴⁹, foi um alerta para que os indivíduos

⁴⁵ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999, p. 78.

⁴⁶ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.71.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 21.

⁴⁸ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

⁴⁹ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999, p. 80.

não fossem vítimas de uma sociedade como a do romance “1984” de George Orwell, na qual o *Big Brother* controla a vida de todos os seus membros, até mesmo na intimidade de seus lares. A aplicabilidade dos estudos dos autores transpõe gerações e ainda se mostram extremamente atuais, mesmo após um século de sua publicação, tornando-se referência teórica para os estudos e reflexões do dito “The Right to Be Let Alone”, consagrado nos Estados Unidos, e do “direito de estar só” brasileiro.

Realizado o breve relato histórico, importante analisar, neste momento, o conceito e o conteúdo do direito à intimidade.

Primeiramente, deve-se ressaltar a dissonância na doutrina sobre a delimitação de um conceito específico para o direito à intimidade, bem como sua efetiva abrangência, face ao caráter eminentemente subjetivo do termo e da constante mudança sofrida pelos aspectos sociais e temporais. Tal se dá, conforme afirma José Adércio Leite Sampaio, porque “seu conteúdo é dinâmico, como dinâmica é a vida e mutável, como mutável é a compreensão humana de si mesmo e de seu devir”⁵⁰.

Nesta esteira de raciocínio, Vânia Siciliano Aieta considera que se devem levar em consideração as variantes concernentes ao tempo e ao lugar para uma compreensão mais adequada do conceito de direito à intimidade, pois a cultura é fator essencial para uma análise mais próxima da inconstante realidade. Ressalva, contudo, que “se no âmbito de análise (o conceito de direito à intimidade) é variável, a demanda por um direito à intimidade é universal”⁵¹.

Pérez Luño vincula a intimidade à dignidade humana, afirmando que “a intimidade deve ser considerada, no atual sistema de direitos fundamentais, como expressão do valor da dignidade humana”⁵².

Para João de Lima Teixeira Filho “a intimidade está relacionada com o que a pessoa faz e vive reservadamente, abrangendo não só o ambiente doméstico, mas também o ambiente laboral”⁵³.

⁵⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e vida privada**. In: MORI, Michele Keiko. *Direito à intimidade versus informática*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 30.

⁵¹ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999, p. 100.

⁵² LUÑO, Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. In: PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. 1. ed. (ano 2003), 4. tir.. Curitiba: Juruá, 2006, p.113.

⁵³ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **O dano moral no direito do trabalho**. Revista LTr. 60-09. Vol. 60, n. 09, Setembro de 1996. p.174.

Seguindo o entendimento de Paulo José da Costa Júnior, a intimidade é o âmbito relativo à individualidade, correspondendo “tão-somente àquela aspiração do indivíduo de conservar a sua tranqüilidade de espírito, aquela sua paz interior (...)”.

Victor Drummond, por sua vez, define privacidade (aqui compreendida como sinônimo de intimidade) como “a distância confortável que uma pessoa mantém, espontaneamente, desde a sua mais profunda individualidade até o mundo exterior”⁵⁴.

Contudo, acredita-se que a definição mais adequada complementa o sentido tradicional da intimidade, que se consubstancia puramente no “direito de estar só”, ou seja, o direito a não-intromissão, o qual deve estar aliado ao conceito de autonomia (direito de escolha).⁵⁵ Trata-se, portanto, de um “incremento na tutela tradicional do direito à privacidade, essencialmente arraigada ao viés negativo, ou seja, de proibição de condutas que atentem contra o ‘direito de estar só’, para que seja acrescentada uma proteção positiva, consubstanciada no direito de controle das informações pessoais”⁵⁶.

No mesmo sentido, Marcelo Cardoso Pereira analisa a intimidade sob dois prismas: como um direito de defesa e como um direito de controle. Assim, por possuir o direito à intimidade um *status* de direito fundamental e por caracterizarem-se estes como direitos de defesa, entende-se, por silogismo lógico, que as características da categoria “direitos da personalidade” estendem-se àquele. Trata-se, portanto, de um caráter negativo, cujas raízes remontam ao *right of privacy* de Warren e Brandeis, mas que não oferece a efetiva defesa da intimidade que a atualidade exige. Nesse sentido, entende-se que a proteção jurídica da intimidade não poderia ficar limitada a um poder de exclusão, motivo pelo qual se acrescenta ao direito à intimidade um poder de controle sobre as informações pessoais que o indivíduo preferir restringir a si.⁵⁷ Tal possibilidade, a de controlar, é característica desenvolvida recentemente pela doutrina, mas cada vez mais aceita e difundida.

Por fim, analisando-se a intimidade à luz do direito posto, a Constituição Federal, no seu art. 5.^o, inciso X, resguarda a intimidade e assegura sua

⁵⁴ DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 18.

⁵⁵ MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 29.

⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e vida privada**. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Informática e internet: aspectos legais internacionais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001, p.71.

⁵⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. 1. ed. (ano 2003), 4. tir..Curitiba: Juruá, 2006, p. 126 a 129.

inviolabilidade. Além da tutela constitucional, o direito à intimidade é tutelado tanto por leis federais de cunho civil e quanto penal, ainda que referido amparo não ocorra de forma expressa.

Na legislação civil, a garantia da intimidade, ainda que não esteja presente de forma expressa, faz-se presente no Capítulo II, o qual cuida dos Direitos da Personalidade ao mencionar a inviolabilidade do direito à vida privada, reportando-se ao art. 5.º, X da Constituição Federal, o que permite afirmar que o direito ora em estudo é pertencente à categoria dos direitos da personalidade.

Dentre as formas indiretas de tutela da intimidade presentes no estatuto penal, costuma-se elencar: violação de domicílio, do direito de resposta, do segredo de correspondência, do segredo, da sonegação ou destruição de correspondência, da violação de comunicação radioelétrica, telegráfica ou telefônica e da correspondência comercial.

Feita esta breve explanação da intimidade, relevante se faz a distinção entre os termos intimidade e privacidade, os quais têm seus significados constantemente confundidos pela doutrina.

1.4.1. Distinção entre intimidade e privacidade

No Brasil, o direito à intimidade também tem sido denominado pelos doutrinadores como direito à vida privada, ao respeito da vida privada, ao recato, ao sigilo, ao segredo, à reserva.⁵⁸

Muitos autores tomam como indistintos os conceitos de intimidade e de vida privada e afirmam ter havido prolixidade e redundância do legislador constituinte quando assegurou a inviolabilidade da “intimidade” e da “vida privada” no art. 5.º da Constituição Federal de 1988, apenas dificultando o estudo do tema.⁵⁹

Em contrapartida, outros estudiosos discernem os termos, asseverando que o constituinte, ao estabelecer como invioláveis a intimidade e a vida privada, objetivou, ao máximo, afastar-se de qualquer interpretação restritiva, o que reflete o momento histórico no qual foi elaborada e promulgada a Magna Carta de 1988, porque, afinal,

⁵⁸ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

⁵⁹ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 100.

amargurou-se mais de vinte anos de ditadura militar. Desta forma, o constituinte não teria sido prolixo, mas tão-somente detalhista e cauteloso ao ater-se às circunstâncias de sua época.⁶⁰

O art. 5.º, X da Constituição Federal declarou a inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada. Teria havido, portanto, uma clara distinção entre os institutos. “A tutela constitucional, assim, visa proteger as pessoas de dois atentados particulares, ou seja, ao segredo da vida privada (direito à intimidade) e à liberdade da vida privada (direito à vida privada)”⁶¹.

José Afonso da Silva afirma que o conceito de privacidade é mais abrangente do que o de intimidade. Todavia, o mencionado autor prefere utilizar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo, compreendendo todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.⁶²

No mesmo sentido, o professor René Ariel Dotti aduz que a intimidade e a vida privada são conceitos distintos, sendo que o segundo pode ser compreendido como gênero do primeiro.⁶³

Para Elimar Szaniawski, o conceito de intimidade seria assimilado a um “sentimento que nasce do fundo do ser humano, sendo sua natureza essencialmente espiritual, enquanto que o de vida privada, mais amplo, se estenderia a outras manifestações não tão espirituais”⁶⁴.

A intimidade possui um acréscimo em relação à privacidade. Aquela é um “espaço” que diz respeito exclusivamente à pessoa, no qual ela resguardaria os segredos e particularidades que não gostaria de compartilhar com mais ninguém. A título exemplificativo se pode afirmar que um passeio no shopping durante um fim de semana, pode ser interpretado como algo pertencente à esfera privada da pessoa, mas não à sua esfera íntima.

O direito à intimidade seria, portanto, o setor pessoal mais reservado, com o fim de ser inacessível às demais pessoas da sociedade - uma forma de o indivíduo

⁶⁰ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 100 e 101.

⁶¹ NEGRÃO, Sonia Regina. **Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6829/direitos-da-personalidade/1>>. Acesso em: julho de 2011.

⁶² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 206.

⁶³ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 68 e 69

⁶⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 302.

se ilhar da sociedade, para não ser absorvido por ela. Invertendo-se o raciocínio, pode-se definir o direito à intimidade como o direito de a pessoa se subtrair da publicidade.⁶⁵

Em outras palavras, pode-se dizer que o direito à privacidade seria uma maneira de viver, consubstanciada numa aglomeração de informações relativas à pessoa, que são excluídas do conhecimento alheio, enquanto a intimidade integraria a esfera mais íntima do indivíduo, sendo o invólucro de segredos e particularidades, que, quando exposta a uma mínima publicidade, poderá até mesmo constranger.

1.4.2. O direito à intimidade enquanto direito fundamental

O direito à intimidade, enquanto direito fundamental, pertence à categoria dos direitos individuais de primeira geração. O artigo 5.º da Constituição Federal inscreve o rol dos denominados direitos individuais e coletivos quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Referido rol não é taxativo, tendo em vista que a própria Constituição admite no §2 do art. 5.º que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária.

Segundo o entendimento de Alexandre de Moraes, o direito à intimidade enquanto direito fundamental visa formar uma proteção constitucional à vida privada, resguardando ao indivíduo um espaço íntimo salvo de intromissões alheias. Assim, a intimidade, erigida na Constituição Federal como direito individual em defesa de direito fundamental, é um valor humano que visa possibilitar ao indivíduo isolar-se e recolher-se em seu interior, livre dos olhares curiosos da sociedade e, desta forma, preservando a sua intimidade, que é fator essencial para o desenvolvimento da personalidade humana.⁶⁶

Referido autor enfatiza, ainda, a impossibilidade da utilização destes direitos como escudo protetivo, aduzindo que

⁶⁵ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p.39.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed.. São Paulo: Atlas, 2007, p.47.

[...] os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).⁶⁷

1.4.3. O direito à intimidade como uma das manifestações da personalidade

Os direitos da personalidade visam resguardar ao indivíduo um mínimo de direitos que possibilitem a realização da dignidade da pessoa humana. Relevante categoria a ser resguardada dentre eles é a intimidade, cujo escopo é o de preservar o indivíduo e permitir o desenvolvimento livre deste na sociedade.

No âmbito do direito da personalidade, conforme ressaltado anteriormente, a pessoa é tida como o fundamento e o fim do direito. Relevante, portanto, o resguardo do direito à intimidade, porque este é fator essencial ao desenvolvimento da personalidade humana. O direito à intimidade pode ser considerado, portanto, um atributo da personalidade.

De acordo com Vânia Siciliano Aieta, o direito à intimidade é um direito de natureza moral, decorrente da liberdade, sendo subespécie dos direitos da personalidade. Conseqüência de sua natureza moral é a abrangência de seu conteúdo, englobando desde as relações da intimidade com o direito de imagem, até o direito ao segredo.⁶⁸

O direito à intimidade é considerado um dos direitos essenciais que compõem a personalidade e “regem (ou deveriam reger) os princípios mais básicos da relação do homem com a sociedade (ou seja, com todos os outros homens)”⁶⁹. Partindo do pressuposto de que o direito à intimidade é um direito da personalidade e que este possui como função regular as relações intersubjetivas, logicamente, deve-se pressupor que aquele não é ilimitado, mas sim considerado dentro da sociedade, assim, “o homem, enquanto indivíduo, integra a coletividade e precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pela exigência da vida em comum”⁷⁰.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed.. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

⁶⁸ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999, p.90 e 91.

⁶⁹ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 13.

⁷⁰ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p.42.

Levando-se em consideração o exposto, interessante ressaltar que, parte da doutrina defende que o direito à intimidade se manifesta no ordenamento jurídico pátrio como direito de personalidade e direito fundamental, pois ambas as categorias possuiriam a mesma fonte, a dignidade da pessoa humana.⁷¹

Em contrapartida, outra vertente defende que os direitos fundamentais apresentam relação direta com os direitos da personalidade, não somente por possuírem a mesma matriz, mas porque muitos direitos tidos como fundamentais são direitos da personalidade.

⁷¹ GUERRA, Sidney. **O direito á privacidade na internet:** uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 38.

CAPÍTULO 2 – O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

2.1. O EMPREGADO E O EMPREGADOR

No trabalho misturam-se sujeito e verbo: o trabalho é tanto o homem, o agente, como a ação. É tanto o homem quanto a sua expressão. Não se pode dissociar o trabalho do homem, uma vez que, na realidade, trabalho é uma expressão da personalidade humana.⁷²

O trabalho, de acordo com a concepção moderna, possui um sentido altamente dignificante, diferentemente do entendimento difundido nas sociedades antigas e medievais. Octavio Bueno Magano afirma que “além de ser um dos direitos naturais do homem (o trabalho), é um dever pessoal e um dever social”⁷³. O trabalho é, portanto, um meio do ser humano de conservar a vida e, ao mesmo tempo, um dever social, cujo fim se é a subsistência da coletividade.

Admitindo-se o trabalho como a atividade humana aplicada à produção, conveniente se faz sua divisão em trabalho autônomo e trabalho subordinado. O primeiro, realizado pelo próprio agente com o fim de satisfazer suas necessidades imediatas, não será objeto de análise no presente estudo. O segundo, executado em favor de outra pessoa que não o agente, pressupõe o vínculo entre empregado e empregador, será estudado a seguir.

O vínculo existente entre “empregado e empregador é, em primeiro lugar, uma relação jurídica⁷⁴, porque é efetivamente uma relação social⁷⁵, das mais importantes, regida pela norma jurídica, ligando dois sujeitos, o empregado e o empregador”⁷⁶. Nesse passo, relevante é a análise das figuras atuantes na relação de trabalho, quais sejam o empregador e o empregado.

O conceito legal de empregador, extraído da Consolidação das Leis do Trabalho, é dado da seguinte forma:

⁷² MAGANO, Octavio Bueno (coord.). **Curso de direito do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 57.

⁷³ MAGANO, Octavio Bueno (coord.). **Curso de direito do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 55 e 56.

⁷⁴ No caso, a relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador é de cunho negocial, visto que se estabelece pela vontade entre as partes.

⁷⁵ As relações podem ter cunho moral, religioso, artístico, econômico, etc.

⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 577.

“Art. 2.º - Considera-se empregador e empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Diversas são as críticas direcionadas à conceituação legal acima apresentada, primeiro porque no referido artigo celetista, o empregador é equiparado à empresa – “ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira”⁷⁷, segundo pela idéia de assunção de risco, a qual amiúde não caracteriza o empregador, pois, diversas são as hipóteses de entidades que não possuem fins lucrativos, mas possuem empregados.⁷⁸

Indo-se além do conceito legal, empregador seria a “pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e sob sua subordinação”⁷⁹.

As noções de empregador e empregado são diretamente relacionadas uma a outra, desta forma, feita a análise, ainda que breve, da primeira categoria, conveniente se faz a análise e conceituação da segunda.

A Consolidação das Leis do Trabalho fornece o conceito legal de empregado, no caput do art. 3.º, que assim dispõe: “Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A definição legal permite o destaque dos seguintes elementos essenciais identificadores da figura do empregado: pessoa física, a qual presta serviços não eventuais, pessoalmente, e sob dependência do tomador, o qual paga àquela um salário. A palavra “dependência”, contudo, foi, paulatinamente, sendo substituída por “subordinação”, substituição esta que permitiu importante divisão no âmbito do trabalho humano: o trabalho subordinado e o trabalho autônomo.⁸⁰

O trabalho subordinado pressupõe o direito do empregador de dar ordens e o dever do empregado de obedecer, advindo do fato de o trabalhador, voluntariamente, ter se colocado em situação de subordinação. A subordinação, portanto, constitui a característica mais importante da relação de emprego. Tanto o é

⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 391.

⁷⁸ MAGANO, Octavio Bueno (coord.). **Curso de direito do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 56.

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 391.

⁸⁰ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 104.

que muitos dos conceitos elaborados acerca do trabalhador, do empregado ou da relação empregatícia, são desenvolvidos a partir da subordinação.⁸¹

Maurício Godinho Delgado afirma a subordinação como elemento de maior proeminência na relação empregatícia e conceitua a subordinação como sendo a “situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”⁸².

Assim, entende-se que “a subordinação e o respectivo poder de direção constituem os poderes atribuídos ao empregador que envolve as faculdades de comando. Nesse ponto, temos as faculdades de direção, de controle e de punição”⁸³.

Tomando por base essas considerações, restringe-se o estudo ao poder diretivo do empregador, porquanto o foco do presente trabalho é analisar os conflitos relacionados a ele e à intimidade do trabalhador, mais pontualmente no que concerne ao uso do correio eletrônico.

2.2. O PODER DIRETIVO

O poder diretivo, na medida em que visa estabelecer determinadas normas de conduta no âmbito da empresa, pode ser analisado como ramificação do poder *latu sensu*.⁸⁴

O poder, tema central das ciências sociais, geralmente é associado à idéia de posse, força, vontade, obediência e influência.⁸⁵ Não há dúvida que os termos apresentados se relacionam de alguma forma com o poder, contudo, considera-se poder “a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem [...]. O homem não é só o sujeito mas também o objeto do poder social”⁸⁶. Referida definição evidencia o caráter relacional do poder. Assim, o poder não é

⁸¹ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 105.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 302.

⁸³ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. T. I, 4. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 277.

⁸⁴ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 29.

⁸⁵ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 1.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto; MATTELUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2, 8. ed.. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1995, p.933.

compreendido como uma coisa ou a sua posse, mas como uma relação entre pessoas.

A busca pelo poder é uma busca de ego, “a finalidade do poder reside sempre em algo relacionado no seu detentor, assim como a obediência no que se submete”⁸⁷. O poder, desta forma, é utilizado como instrumento para a obtenção dos fins egoístas do empregador no âmbito da atividade empresarial.

O poder pressupõe a sujeição, a subordinação de um à vontade de outro, a capacidade de determinação de condutas. Partido do pressuposto do poder como uma relação de pessoas na qual uma determina a conduta da outra visando um fim próprio, passa-se a analisar o exercício do poder diretivo empregador.

Na relação de emprego, contrapõe-se à subordinação o poder diretivo, ou seja, considerando-se o empregado “um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa, mas sobre o modo como a sua atividade é exercida”⁸⁸.

Visando melhor esclarecer o poder exercido pelo empregador, de se analisar algumas das concepções existentes sobre o poder diretivo.

A legislação brasileira não aborda de forma direta o conceito de poder diretivo, contudo, a partir de uma interpretação extensiva do art. 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho: “considera-se empregador e empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e *dirige* a prestação pessoal de serviços”. Analisando-se referido dispositivo legal é possível concluir que o empregador é aquele que *dirige* a prestação pessoal de forma a determinar a maneira de atuação de seus empregados.

O poder diretivo na concepção de Maurício Godinho Delgado pode ser compreendido como:

[...] o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.⁸⁹

⁸⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p.13.

⁸⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, p.664.

⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 633.

Na concepção de Luciano Martinez, o poder diretivo patronal é concebido como uma “prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos dos seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos”⁹⁰.

No mesmo sentido, o poder diretivo é caracterizado por Octavio Bueno Magano como:

[...] a capacidade oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades dela.⁹¹

Maurício Godinho Delgado define o poder empregatício como o conjunto de prerrogativas do empregador relativas à direção regulamentação, fiscalização e disciplinamento para exercício no contexto da relação de emprego.⁹²

A existência do poder diretivo é tida como óbvia pela doutrina, restando impossível a negação de sua existência. Contudo, quanto às suas espécies, diversas são as formas de abordagem pela doutrina. Assim, alguns autores alegam que o poder diretivo se constitui dos poderes de comandar e de fiscalizar; há aqueles que se referem apenas aos poderes de direção e fiscalização; por fim, há outros, ainda, adeptos da teoria que o poder diretivo pode ser concebido de três modos, quais sejam: poder organizacional (ou poder diretivo *strictu sensu*), poder de controle e poder disciplinar.⁹³ Conquanto haja outras múltiplas classificações, analisa-se, no presente trabalho, a última acima elencada.

O poder disciplinar é considerado “complemento do poder diretivo, mediante o qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último”⁹⁴. Referido poder possibilita ao empregador impor sanções aos empregados quando não cumprido o estabelecido no contrato.

⁹⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 179 e 180.

⁹¹ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 94.

⁹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 631.

⁹³ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 93 e 94.

⁹⁴ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 244 e 245.

Octavio Bueno Magano define o poder de organização como a “capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta”⁹⁵.

O poder de organização é, portanto, uma variável do poder diretivo que se concentra na figura do empregador e consiste no conjunto de prerrogativas do empregador direcionadas a proporcionar a organização da estrutura técnica e econômica da empresa, visando à realização das finalidades da empresa.

O poder diretivo estritamente considerado consiste na “capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa”⁹⁶. O poder diretivo *strictu sensu* do patrão visa dar a “destinação correta às energias de trabalho”⁹⁷, a qual é justificada, segundo Delgado, “em face também do princípio de assunção de riscos do empreendimento que sobre ele recai”⁹⁸.

O poder de controle pode ser definido como o “conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno”⁹⁹. Consiste, portanto, na fiscalização da atividade do empregado para verificar o cumprimento dos comandos, vigiar através de circuito interno de televisão, controlar horários e frequência, corrigir erros, aplicar sanções, revistar, espreitar seu comportamento, etc. Deve-se ressaltar que o poder de controle é limitado, ainda que existam dúvidas quanto às efetivas e exatas fronteiras existentes. Os limites do poder de controle, por consistirem em categoria do poder diretivo, serão analisados a seguir, no tópico “limites do poder diretivo”.

Ademais, ainda que o poder diretivo seja concebido como característica natural do empregador, relevante se faz a análise de sua natureza.

Existem diversas teorias a respeito da natureza do poder diretivo, contudo, destacar-se-ão as duas mais difundidas.

O poder diretivo pode ser concebido como um direito potestativo, na medida em que um dos sujeitos atua na relação jurídica de forma a desencadear, no pólo

⁹⁵ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 244 e 245.

⁹⁶ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 244 e 245.

⁹⁷ SANSEVERINO, Luiza Riva. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1976, p. 207.

⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 633.

⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 636.

oposto, a sujeição passiva. Como todo contrato bilateral, o contrato de trabalho impõe obrigações aos dois pólos da relação. Assim, tanto o empregado pode exigir o seu salário, como o empregador pode exigir que ele trabalhe. Analisando-se o contrato de trabalho fica bastante evidenciada e precisa qual deve ser a prestação de um empregador, a obrigação de *dar*. Não fica evidente, contudo, a prestação do empregado, a de *fazer*, porque se apresenta de forma imprecisa. O contrato embasa o direito do empregador de estipular e especificar as prestações do empregado, pois o contrato, por si só, não esclarece essas prestações.

Nesse sentido Márcio Túlio Viana conclui: “o poder diretivo é bilateral em sua fonte, mas unilateral em seu exercício. O contrato legitima exatamente porque é incapaz de supri-lo”¹⁰⁰. O que o autor intenta explicar com essa afirmação é que o empregado participa (em termos jurídicos), embora ausente da criação do conteúdo do comando, do ato que lhe dá origem, na medida em que se dispõe a trabalhar para outrem. Assim, de certa forma, ao obedecer ao patrão, o empregado obedece a si mesmo, no sentido de que cumpre aquilo a que se obrigou. O empregador especifica o trabalho a ser realizado mais tarde, sucessivamente, todos os dias; a obrigação do empregado, desta forma, é a de trabalhar nos moldes que lhe forem sendo exigidos.

A obrigação de trabalhar se mostra dependente da atuação do empregador munido do poder diretivo, vez que, somente a partir do momento em que lhe são passadas as específicas coordenadas do comando, que o empregador trabalha.

A análise da natureza do poder diretivo também pode ser realizada a partir da concepção deste como um direito-função. O poder diretivo que possuía como fim a satisfação do empregador tem seu foco alterado ao passo que “a empresa se transforma em um centro de convergência de interesses, a saber, interesses do empresário, dos administradores, da coletividade, representada pelo Estado, e dos trabalhadores, representados pelos sindicatos”¹⁰¹. O poder diretivo passa a ser interpretado como um direito-função, devendo ser exercido de acordo com o interesse da própria empresa e não do interesse egoísta do empresário. Desta forma, concebido como direito função, entende-se que o poder diretivo possui praticamente a mesma configuração do poder tradicional (potestativo), vez que ainda é detido pelo empregador, possuindo o empregado o correlato dever de

¹⁰⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 134.

¹⁰¹ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 135.

sujeição, sendo modificada apenas sua orientação, a qual deve visar à satisfação da empresa e não do empresário.

No tocante às fontes, ou seja, ao fundamento jurídico do poder diretivo, diversas são as teorias que intentam explicar sua origem, dentre as tantas existentes, destacam-se três: a contratualista, a institucionalista e a que se baseia no direito propriedade.

A teoria contratualista é a que possui maior quantidade de juristas engajados, de acordo com a teoria em análise, o contrato constituiria num acordo de vontades e se expressaria como núcleo da relação empregado-empregador, derivando dele o poder diretivo e a correlata subordinação. A corrente contratualista pode ser dividida em unitarista e dualista. A corrente unitarista defende que “o contrato de trabalho sempre dispõe - ainda que tacitamente - que um dos contratantes (o empregador) dirigirá a prestação do outro (o empregado). [...] Já os dualistas sustentam que as cláusulas do contrato dão às partes o igual direito subjetivo de exigir-se o que foi ajustado. Com a celebração do contrato, porém, o empregador (e só ele) passa a ter um direito potestativo contra o empregado, ao qual não corresponde não uma obrigação, mas mera sujeição”¹⁰². O empregador, nesse sentido deteria o poder de comando por ser ele credor desse direito, e não Senhor do empregado.

A segunda teoria a ser analisada, institucionalista, apresenta a empresa como uma instituição, ou seja, um grupo de homens que, através de uma idéia em comum se organiza e busca a sua realização. Conseqüência disso é a necessidade de uma autoridade para conduzir a instituição ao seu fim. “As relações entre os membros e os órgãos existem baseadas na autoridade e não na igualdade como as relações que vigem entre as partes contratantes”¹⁰³. Entende-se, portanto, que a relação entre empregado e empregador possui uma mesma finalidade para com a empresa, porém, a relação se faz de uma maneira diferenciada, pois se trata de uma instituição hierarquizada. Nesse sentido, tem-se que o institucionalismo prega a prevalência da ordem pública em defesa dos interesses comuns e da preservação das instituições com destinação social, criando para uns direitos e obrigações de dirigir, e para outros o dever de se sujeitar aos comandos e aceitar esta direção.

A última teoria a ser analisada é a que compreende a propriedade como fonte do poder diretivo. Esta é, provavelmente, a mais antiga teoria acerca do tema e

¹⁰² VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 123 e 124.

¹⁰³ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 127.

possui por base o entendimento da propriedade como origem de todo poder do empregador. Nesse contexto, ressalta Robert Henry Srouer que “no tocante às empresas capitalistas, é importante frisar que o poder supremo é detido pelos proprietários, porque a propriedade é do tipo pleno, individual e alodial. [...] A propriedade acaba sendo então fonte de benefícios econômicos, mas também base legal do mando nas empresas”¹⁰⁴. Maurício Godinho Delgado, contudo, critica o conjunto teórico característico à corrente da propriedade privada alegando que “não exprimem com fidelidade o título e o fundamento jurídicos desse fenômeno de poder”¹⁰⁵.

Márcio Túlio Viana afirma que cada uma das teorias explanadas pode explicar o poder diretivo sob um aspecto diferente. Assim, a teoria contratualista indica de onde vem o poder, tendo em vista que o contrato instrumentaliza a alienação de trabalho; a propriedade revela de onde vem o poder, ou seja, o empresário, detentor dos meios de produção; e a instituição identifica uma das razões do poder, por se mostrar este uma necessidade de todo grupo organizado. Analisando-se a questão sob outro ângulo, grosso modo, é possível concluir que cada teoria se adapta melhor a uma das três formas de poder diretivo. O poder diretivo *strictu sensu* se aproxima da teoria contratual; o poder organizacional, da teoria que se baseia na propriedade; e a instituição do poder disciplinar.¹⁰⁶

A partir desse entendimento, tem-se que o empregador detém o poder

[...] porquanto é o proprietário dos meios de produção; porquanto é autoridade naquela instituição; porquanto pactuou num contrato; porquanto controla juridicamente o conjunto da estrutura empresarial; porquanto assumiu os riscos da atividade empresarial; (...)¹⁰⁷

Sandra Lia Simón afirma que, hodiernamente, a essência do sistema capitalista está na propriedade. Assim, em que pese o contrato ser a maneira pela qual a relação laboral é formalizada (teoria contratualista) e, cada vez mais, as empresas se caracterizarem como instituições (teoria institucionalista) é o sistema

¹⁰⁴ SROUR, Robert Henry. **Poder, cultura e ética nas organizações**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 148 e 149.

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 641.

¹⁰⁶ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 131.

¹⁰⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p.13 e 14.

capitalista, que impõe a valorização da propriedade, tornando-a fundamento do poder diretivo do empregador.¹⁰⁸

O direito à propriedade, assegurado na Constituição Federal, é um típico direito fundamental de primeira geração, consistindo no símbolo do Estado liberal, cujo principal mandamento é a não-intervenção na esfera privada. Ainda que integrante do rol das liberdades públicas, referido direito não é ilimitado. A principal limitação observada é a obrigatoriedade de observação da função social¹⁰⁹, desta forma, somente ao atender a sua função social a propriedade será protegida.

De acordo com Eros Roberto Grau, “os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa”¹¹⁰. Assim, em atenção à função social, no que concerne os bens de produção, impõe-se ao proprietário (ou detentor do controle da empresa) o dever de atuar em benefício das demais pessoas e não apenas não atuar de forma a prejudicar o próximo. Da propriedade decorre uma ação de fazer e não somente de não fazer. De acordo com o mencionado autor, a propriedade privada, vinculada à noção de função social, serve de instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.

Ademais, assegura o art. 170, II, da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; [...]”.

Extraí-se do excerto acima que o direito de propriedade, enquanto fonte do poder diretivo e direito fundamental assegura a seu titular usar, gozar e fruir daquilo que lhe pertence e também lhe permite proteger, fiscalizar e decidir (dentro do que permite a lei), a destinação de seus bens. Nesse sentido, insere-se a idéia do poder diretivo e dos poderes dele decorrentes de fiscalizar, comandar e estabelecer a forma como será desenvolvido o trabalho pelo empregador.

¹⁰⁸ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 111 e 112.

¹⁰⁹ Art. 5.º, XXIII – “A propriedade atenderá a sua função social”.

¹¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. In: SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 118.

Ana Amélia Menna Barreto de Castro Ferreira afirma que os instrumentos de trabalho¹¹¹ fornecidos pela empresa estariam proporcionando “a possibilidade de prática de atos que podem comprometer sua imagem e patrimônio, acrescida da possibilidade de sua responsabilização legal por atos praticados por seus funcionários”¹¹².

O poder de direção do empregador restringe os direitos fundamentais do empregado, contudo, não os extingue, pois qualquer que seja a situação, a pessoa humana deverá ser respeitada. Assim, resta patente que o direito de propriedade não é absoluto, seu fim único não é a pura satisfação dos interesses de seu detentor, devendo também assegurar a todos uma vida digna, sempre observando os ditames da justiça social.

Após essa breve explanação a respeito do poder diretivo (sua natureza, suas fontes, etc.), analisa-se o vínculo existente entre este e a subordinação, para que seja possível, posteriormente, uma efetiva análise dos limites do poder diretivo, levando-se em consideração todos os aspectos até então apresentados.

2.2.1. O poder diretivo e a subordinação

O poder diretivo consiste em prerrogativa do empregador de determinar a forma pela qual será realizada a prestação de serviços pelo empregado. Correlato ao poder de direção do empregador está o dever de sujeição do empregado. Referido estado de sujeição, deve-se ressaltar, não atinge a esfera pessoal do empregado, mas sim a jurídica, pois o trabalhador ao consentir em prestar serviços em prol de outrem, aceita a sujeição aos seus mandos.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado define a subordinação como a “situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”¹¹³. O mesmo autor ressalta que a subordinação é

¹¹¹ A autora afirma que integram o patrimônio da empresa: equipamentos eletrônicos, o ativo do processamento, constituído por todos os elementos de hardware e software, bem como o ativo de informação, composto por todos os dados e informações geradas e manipuladas durante a execução dos sistemas e processos, produzidos internamente ou adquiridos.

¹¹² FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **O uso do correio eletrônico na ambiente de trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002, p. 2.

¹¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 302.

encarada sob um prisma objetivo, pois ela se dá sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do empregado.

Com relação à natureza¹¹⁴ (posicionamento classificatório) da subordinação, a doutrina já se pacificou no sentido de compreendê-la como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre empregado e empregador, “pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação de trabalho”¹¹⁵.

Decorrente da constituição da relação jurídica e do conseqüente reconhecimento dos poderes do empregador, necessário se faz o reconhecimento dos deveres do empregado. Octávio Bueno Magano acrescenta, ainda, que, devido ao fato de referidos poderes e deveres sempre referirem-se ao contrato de trabalho, cuja natureza é bilateral, “daí resulta a emergência de direitos, deveres e obrigações atribuíveis ao empregado e ao empregador”¹¹⁶. A situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes.

Ainda acerca do tema, Magano afirma que:

O poder diretivo não deve ser concebido do ponto de vista exclusivo do sujeito ativo, como se ele se constituísse das faculdades que este é capaz de exercer. Ao contrário, o poder diretivo há de ser entendido como correlação entre poder e dever, levada na devida conta a limitação dos dois direitos.¹¹⁷

Os critérios que visam classificar os direitos e deveres dos empregados e empregadores são inúmeros. Merece destaque a classificação do autor retro citado, que identifica as obrigações ao lado dos deveres.

As primeiras costumam ser explicitadas ou no contrato ou na fonte normativa aplicável, como, por exemplo, a especificação do trabalho a ser prestado, o valor da remuneração, a concessão de aviso prévio, de férias, de repouso semanal remunerado, de salário família, etc. Os segundos identificam-se, por vezes, por intermédio de mera elaboração doutrinária, como ocorre à maioria

¹¹⁴ É possível constatar que em outras épocas admitiu-se a natureza da subordinação como econômica ou técnica. Contudo, entende-se que em referidas épocas não se enxergou o viés jurídico da subordinação e acentuou-se a idéia de dependência. Tem-se, contudo, que a dependência técnica não pode ser justificada, visto que são diversos os casos nos quais o empregado possui maior conhecimento técnico que o próprio empregador. No mesmo sentido, injustificada a dita dependência econômica, vez que o empregado tem a possibilidade de buscar outras fontes de renda, não se submetendo a um único vínculo empregatício, o que retira a dependência econômica como característica fundamental da relação de emprego.

¹¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 303.

¹¹⁶ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 190.

¹¹⁷ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 63.

deles, no Brasil, sendo outras vezes expressamente mencionados, como sucede na Argentina.¹¹⁸

Nesse sentido, figuram como principais deveres do empregador: atuar com boa fé, observar as normas de segurança e higiene do trabalho, não discriminar, entre outros. Os mais marcantes deveres do empregado consistem na obrigação de trabalhar e no dever de sujeição aos comandos do empregador. A sujeição aqui compreendida como dever de diligência, obediência, fidelidade, boa-fé, assiduidade, colaboração, sujeição à revista, não concorrência por parte do empregado.¹¹⁹

Seguindo os moldes dos deveres do empregado e do empregador acima apresentado, o rol de obrigações não é taxativo. Nesse sentido, configuram-se como principais obrigações do empregado as de prestar os serviços para os quais foi contratado e, quando for o caso, conceder aviso prévio, pagar indenização, ressarcir danos. As principais obrigações que cercam o empregador são as de remunerar os serviços prestados, conceder férias, repouso semanal remunerado, salário família, décimo terceiro salário e, quando for o caso, assegurar o aviso prévio, pagar indenização, proporcionar trabalho, fornecer equipamentos e custódia.¹²⁰

Após a análise dos deveres e obrigações de empregados e empregadores, que visam estipular um padrão de conduta para uma convivência harmônica e respeitosa dos contratantes através do condicionamento do exercício do comando, passa-se ao estudo dos limites do poder diretivo.

2.2.2. Limites do poder diretivo

“É uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a dele abusar; ele o faz até que encontre limites”¹²¹.

Os dizeres de Montesquieu superam séculos e se mostram reais até os dias atuais. Assim, visando à harmonia dos indivíduos que participam da sociedade, faz-se necessária a imposição de limites para todo e qualquer poder. O poder do empregador, naturalmente, também é limitado.

¹¹⁸ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 193 e 194.

¹¹⁹ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 194.

¹²⁰ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 194.

¹²¹ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. In: FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 65.

Assim, ainda que o empregado tenha que se subordinar à vontade do empregador, tal assertiva não pode ser interpretada como uma verdade plena, pois o poder de direção deste é limitado. O ordenamento jurídico pátrio não delimita de forma expressa os limites da fiscalização e do controle empresarial, mas existe uma série de princípios e regras que visam afastar qualquer abuso de poder.

Márcio Túlio Viana sustenta que o poder decorrente da relação de emprego é um poder discricionário e não poder arbitral, sendo que o exercício do poder deve observar os limites da lei, jamais excedê-la ou contrariá-la.¹²²

Sandra Lia Simón sustenta que

O poder de direção do empresário, fundamentado no seu direito de propriedade, encontra grandes e substanciais limites, que visam sempre proteger a parte mais fraca da relação, ou seja, aquela que apenas dispõe da sua força de trabalho e não detém os meios de produção. Se assim não fosse, não estaria presente um dos requisitos básicos das relações laborais, a liberdade, podendo configurar-se o trabalho forçado (típico das sociedades escravocratas) e ferindo-se outro princípio fundamental que norteia a atividade do homem, a dignidade da pessoa humana.¹²³

Octávio Bueno Magano¹²⁴ afirma que são vários os critérios válidos para a estipulação dos limites do poder diretivo, os quais devem ser utilizados para determiná-lo.

A limitação do poder diretivo pode ser imposta a partir de limites extensivos e intensivos. O limite extensivo se refere à qualificação do empregado: não lhe pode ser exigido nada além de sua capacidade. Enquanto o limite intensivo equivale à natureza da qualificação e sua estipulação depende da função a ser exercida. Nesse sentido, nas funções técnicas esse limite se mostra menos recuado. Por exemplo, nos casos de marítimos e aeronautas, o poder diretivo alcança seu máximo de intensidade, enquanto no caso de empregados de confiança, por exemplo, o poder diretivo possui intensidade muito mais branda.

De acordo com as suas fontes, os limites podem ser divididos em internos e externos. Os limites externos do poder diretivo são estabelecidos por lei, moral, convenção coletiva, acordo coletivo, sentença normativa, laudo arbitral. Os limites internos são aqueles que guardam alguma relação com o poder diretivo, no sentido

¹²² VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 139.

¹²³ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 121.

¹²⁴ MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 228 a 240.

de buscar a realização do interesse da empresa (aqui abrangendo a figura do empregador, empregado e do Estado). Sendo assim, somente em sua feição de direito-função que o poder diretivo é legitimamente exercido, quando se desvia dessa feição, torna-se abusivo.

De acordo com Márcio Túlio Viana, os limites internos consistem no contrato de trabalho, regulamento da empresa e a atuação concreta de órgãos de co-gestão. Sendo que os usos e os costumes atuariam ambos como internos ou externos, dependendo do caso.¹²⁵

O mesmo autor ressalta, ainda, a importância da observação dos direitos fundamentais do homem - que podem ser interpretados como limites externos, por consistirem em lei - cujo respeito deve ser observado em qualquer tipo de relação.¹²⁶

Outra possibilidade de classificação dos limites do poder diretivo diz respeito às autolimitações e heterolimitações. A autolimitação ocorre quando o próprio empregador estabelece os lindes de sua atuação, apresentando normas e indicando a maneira como pretende exercer o poder diretivo, exemplo característico é a edição de regulamento interno. As limitações que provêm de lei, ou convenção coletiva, ou da atuação de órgãos representativos dos trabalhadores, no âmbito da empresa, são as denominadas heterolimitações.

A finalidade do poder de dirigir pode ser interpretada como outra forma de limitação do poder diretivo do empregador. Conforme já mencionado, o poder diretivo deve ser exercido com o fim de realizar determinados valores, como, por exemplo, a organização da empresa. Relacionado a este limite está o limite do empregador de exercício do poder diretivo, que se restringe às questões do trabalho, ultrapassada a esfera do trabalho, não tem razão para que as ordens sejam obedecidas.

Outra clara limitação do poder diretivo é a proibição de discriminar, que exige o igual tratamento por parte do empregador para com os empregados quando em iguais (ou semelhantes) situações. Assim, qualquer ato de discriminação arbitrária fundada em raça, cor, sexo, estatura, religião, etc., é compreendida como atuação que excede o poder diretivo do empregador, portanto, arbitrária.

A última limitação apresentada por Octávio Bueno Magano a ser analisada se refere às limitações espaciais e temporais. Essas limitações existem pelo fato de o

¹²⁵ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 141.

¹²⁶ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996, p. 142.

poder diretivo normalmente ser exercido durante e no local de prestação de serviços. Essa realidade, devido aos grandes grupos econômicos, vem mudando sua feição, tendo em vista que o fator espacial possui cada vez menos importância.

Essas inúmeras teorias existentes que visam estabelecer o limite do poder diretivo existem, principalmente, devido às diversas dúvidas que norteiam as exatas fronteiras aplicáveis às prerrogativas desse controle empresarial e também devido à ausência de um firme contingenciamento legal.

Maurício Godinho Delgado sustenta a existência de ordens jurídicas mais avançadas que a brasileira, cujos ordenamentos apresentam firmes limites ao exercício das atividades correlatas ao poder diretivo, em busca da proteção da liberdade e dignidades básicas da pessoa humana do trabalhador. Tal é o caso da Itália:

O Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores da Itália (Lei N. 300, de 20.5.70), por exemplo, veda a presença permanente (não o ingresso excepcional) de guardas de segurança no estrito local de cumprimento das atividades laborais obreiras (art. 2º); veda, como regra, o “uso de instalações audiovisuais dos trabalhadores”, além de submeter a utilização de instalações eventualmente necessárias em face de outros objetivos ao “prévio acordo das comissões de representantes sindicais na empresa, ou então, na falta destas, a comissão interna” (art. 4º); veda, também, como regra, as inspeções pessoais de controle sobre o trabalhador, admitindo-as, com restrições, em certos casos, sempre mediante acordo entre o empregador e as comissões de representantes sindicais na empresa ou, na falta destas, com a comissão interna (art.6º).¹²⁷

O ordenamento jurídico brasileiro não possui regras tão claras como as acima apresentadas, contudo, conforme já afirmado, prevê princípios que visam afastar qualquer abuso de poder.

Acrescente-se a importante declaração de Luciano Martinez:

a contraface do “poder diretivo” é o “direito de resistência”. A contraposição, entretanto, não se manifesta no sentido de que ambos possam atuar ao mesmo tempo, um anulando o outro, mas no propósito de que o uso irregular do primeiro faz nascer o segundo.¹²⁸

Nesse sentido, deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988 afastou a possibilidade de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e a dignidade da pessoa humana do trabalhador, pois

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 637.

¹²⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

referidas condutas se chocam com as normas e princípios da Constituição Federal. Assim, a partir de uma breve análise do preâmbulo constitucional é possível afirmar que o Brasil é um Estado democrático de direito que tem como fim o exercício dos direitos sociais e individuais e se funda na dignidade da pessoa humana, o qual objetiva construir uma sociedade justa e solidária. Somam-se a esses princípios normativos, diversas outras regras que visam afastar a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que, de alguma forma, ataquem a liberdade e dignidade básicas do trabalhador. Acresce-se, por conveniência, a existência de regras que declaram invioláveis a vida privada e a intimidade.¹²⁹

Ainda sobre a possibilidade de limitação da atuação privada, afirma Miguel Reale: “No direito do Trabalho é inegável que nos deparamos com a presença do Estado, na sua função institucional, impondo limites à iniciativa individual, ao livre jogo dos interesses dos particulares”¹³⁰.

A partir da constatação supra, é possível observar que a dignidade da pessoa humana emerge como um dos principais fundamentos da República, sendo necessária sua observação em qualquer relação jurídica. Ao se analisar o art. 170 da Constituição Federal se pode constatar que a dignidade da pessoa humana também atua como fundamento da ordem econômica, nesse sentido, as relações que se dão no âmbito das empresas, porquanto consistem em atividade econômica, devem observar a dignidade da pessoa humana. O mesmo artigo supracitado relacionou o trabalho ao direito à dignidade, tal se deu por ser a dignidade não apenas fundamento do Estado democrático e da ordem econômica, mas de todas as relações jurídicas e intersubjetivas.

Eros Roberto Grau afirma que a dignidade da pessoa humana, ao lado do direito à vida, constitui núcleo essencial dos direitos humanos e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais (direitos individuais e direitos sociais e econômicos), mas também à organização econômica. As relações econômicas, portanto, devem ser dinamizadas visando a “promoção da existência digna de que todos devem gozar”¹³¹.

¹²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007, p. 637.

¹³⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 353.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed., revist. e atualiz.. São Paulo: Mallheiros, 2007, p. 196.

É possível observar, portanto, que a dignidade da pessoa humana é duplamente assegurada pela Constituição Federal. Em um primeiro momento no artigo 1.º, como fundamento da República Federativa do Brasil e, em mais adiante, no art. 170, comprometendo todo o exercício da atividade econômica. Logo, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana estará assegurada somente quando todos tiverem acesso a ela e em todas as situações às quais o indivíduo possa ficar exposto, inclusive nas relações de trabalho. Ademais, deve-se ressaltar que, em atenção ao art. 170, as empresas ficam obrigadas a atuar observando referido princípio, sendo que “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”¹³².

Indica o inciso IV do art. 1.º da Constituição Federal, o valor social do trabalho também como fundamento da república; mais adiante, o *caput* do art. 170, afirma que a ordem econômica deve se fundar na valorização do trabalho humano. Para Eros Grau, a intenção dos dois princípios arrolados é de valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho, oferecendo ao trabalho e aos trabalhadores tratamento peculiar, passando aquele a receber proteção não somente filantrópica, porém politicamente racional. Nesse sentido, afirma o autor:

Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciá-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos [...].

Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição – a que acima me referi, portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica [...].¹³³

O exercício do poder diretivo está relacionado, nesse diapasão, não somente à proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador, mas também à forma como a empresa é dirigida, se possui ela o fim de promover a dignidade. Pode-se afirmar, portanto, que a limitação do poder diretivo do empregador deve ser

¹³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed., revist. e atualiz.. São Paulo: Mallheiros, 2007, p. 197.

¹³³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed., revist. e atualiz.. São Paulo: Mallheiros, 2007, p. 199.

estipulada através do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pelos direitos de personalidade e fundamentais que circundam a pessoa do trabalhador.

Logicamente, diante da abstração de referidos direitos, qualquer situação conflituosa que os envolva deverá ser analisada de acordo com suas especificidades, de forma a buscar a melhor resposta, especialmente nos casos de colisão de direitos e conflito de interesses entre empregado e empregador.

O próximo capítulo, adentrando-se finalmente no mote deste trabalho monográfico, mas com conhecimentos e bases consolidadas por este capítulo e pelo anterior, cuidará de uma situação ainda emergente, mas corriqueira e criadora de diversas controvérsias, na realidade que se presencia; será abordado o exercício do poder diretivo do empregador diante da atuação do empregado no meio virtual, mais especificamente no tocante à (in)violabilidade ao uso do correio eletrônico - comumente até mesmo em nosso país chamado de *e-mail*, nome originário da língua inglesa, utilizada pelos norte-americanos, os quais foram os maiores estudiosos e difusores da tal tecnologia.

CAPÍTULO 3 – A UTILIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Quando Gutenberg desenvolveu a prensa mecânica, revolucionou o mundo com a possibilidade de maior difusão da informação, abrindo novos caminhos para os meios de comunicação de massa. A informação, que era reclusa a um pequeno grupo, passou a ser mais difundida e ser acessível a um cada vez maior número de indivíduos da sociedade.

Hodiernamente, a informação possui valor incalculável e tamanha relevância que seria possível afirmar que “a arma dos tempos modernos não é a bomba, mas a informação. Quem detém a informação detém o poder”¹³⁴. O conhecimento torna-se sinônimo de poder.¹³⁵

Dentre os diversos meios de comunicação existentes (jornal, rádio, televisão, etc.), destaca-se cada vez mais nos dias atuais a internet, possuidora da capacidade de passar informações em um apenas “um clique” para qualquer lugar no mundo. A instantaneidade com a qual é possível processar as informações através da internet impressiona, a difusão de informações se dá “num piscar de olhos”, tornando o que antes se restringia ao campo da imaginação em algo real.

Não obstante a rapidez com a qual circulam as informações seja benéfica, deve-se ressaltar que as informações colocadas em rede não passam por nenhum filtro, sendo que, por várias vezes, carecem de um devido processamento, uma apuração e confirmação da informação postada. Nesse sentido, podem expor pessoas, violando segredos e violando a própria dignidade da pessoa humana, provocando sérias complicações e danos incomensuráveis.¹³⁶

“Nós somos as nossas informações”¹³⁷, afirmou Stefano Rodotà. Nossas informações possuem tamanha relevância que chegam a nos definir, nos etiquetam e, dependendo do uso feito de nossas informações, elas podem até mesmo nos estigmatizar. A possibilidade de controle e circulação sobre suas próprias

¹³⁴ GUERRA, Sidney. **O direito á privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 1.

¹³⁵ Afinal, com a informação é possível alterar pontos de vista, raciocínios, formular opiniões, eleger alguém ou destituí-lo, promover um produto, confundir mentes e modificar vidas.

¹³⁶ GUERRA, Sidney. **O direito á privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 2.

¹³⁷ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

informações passa a ser interpretada, portanto, como um poder sobre si mesmo - que nem todos detêm na atualidade, ressalte-se.

É possível afirmar que poucas são as dimensões de nossa vida que não possuem alguma forma de direção ou controle (direto ou indireto) por um computador. O computador está presente nas transações bancárias, nas viagens de avião, na verificação de dados fiscais, nas salas de aula, nas salas de cirurgias, nas bolsas de valores, enfim, em praticamente tudo. “É neste sentido que se manifesta e se traduz o uso cada vez mais freqüente da internet, que passa a desempenhar um papel fundamental nesse mundo globalizado e interligado à grande rede virtual”¹³⁸.

Passando-se para uma análise no campo empresarial, percebe-se que as empresas, na busca de vantagens competitivas, vêm investindo cada vez mais na informatização das atividades produtivas. Conseqüência disso foi a informatização da comunicação, surgindo, aqui, o correio eletrônico como principal meio, atuando de forma a aperfeiçoar a produção e a circulação de informações administrativas.

Para poder abordar o tema de maneira mais adequada, primeiramente serão feitas algumas considerações a respeito da internet e do correio eletrônico para, em seguida, realizar-se uma abordagem mais focada no tema. Nesse sentido, o presente capítulo será dedicado à realização de um estudo geral de todos os elementos até então apresentados, desde o direito à dignidade, passando pelo direito à intimidade até o poder diretivo, relacionando-os à indispensabilidade do uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho e a possibilidade de monitoramento por parte do empregador. Ressalte-se que, por se tratar de matéria relativamente nova (tendo em vista que o uso do e-mail somente foi difundido no Brasil na metade da década de 90) e por não haver um consenso doutrinário e jurisprudencial no que concerne ao tema, os pontos a serem abordados e as teorias defendidas não escapam de possíveis controvérsias.

3.1. OS MEIOS VIRTUAIS, ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNET E O CORREIO ELETRÔNICO

¹³⁸ GUERRA, Sidney. **O direito á privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 91.

Considerando que a internet é a maior ferramenta de troca de informações entre pessoas da atualidade, para uma melhor compreensão do uso desse sistema no âmbito laboral, faz-se necessário, primeiramente, uma breve descrição de seu histórico e de alguns de seus aspectos técnicos.

A primeira máquina com capacidade para processar dados foi idealizada e construída por Herman Hollerith, fundador da *Tabulating Machine Company*, em 1890. Data, todavia, do ano de 1946 o marco zero da internet, com o surgimento do primeiro computador eletrônico propriamente dito, utilizado não apenas para a leitura de dados, mas também para troca de informações, e em velocidade até então nunca vista.¹³⁹

A partir do desenvolvimento dessa tecnologia e com finalidade de pesquisa estratégico-militar, os Estados Unidos da América passaram a financiar o desenvolvimento da primeira troca de informações dentro de uma rede de computadores, citada pelos historiadores como Arpanet.¹⁴⁰

Após intensos investimentos em pesquisa, centros acadêmicos de todo o país como, Universidade da Califórnia de Berkeley, Universidade de Los Angeles, Universidade de Santa Bárbara, Universidade de Utah e Instituto de Pesquisa de Stanford, chegaram à integração dessas várias instituições à Arpanet, possibilitando assim, o reconhecimento oficial do mais global dos processos de comunicação, a internet.¹⁴¹

Seja consequência de uma cultura de difusão da informação, seja consequência de um Estado engajado no desenvolvimento de um aparato de defesa nacional, é fato que a internet, a partir de 1993, saiu dos centros acadêmicos, e passou a ser, acima de tudo, uma forte aliada do mercado financeiro e comércio global, passando a fazer parte do cotidiano dos indivíduos e das empresas.¹⁴²

É dessa análise histórica que se passa para uma análise técnica, citando-se o conceito do doutrinador Euler Sinoir de Oliveira acerca da internet, que constitui em

[...] uma rede de computadores espalhados por todo o planeta que troca dados e mensagem utilizando um protocolo em comum, unindo usuários

¹³⁹ ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 22.

¹⁴⁰ ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 22.

¹⁴¹ ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 23.

¹⁴² ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 23.

particulares, entidades de pesquisa, órgãos culturais, empresas públicas, bibliotecas e empresas de toda a envergadura.¹⁴³

Nesse contexto, ressalte-se o conceito de Mauro César Martins de Souza sobre a internet:

É uma rede de computadores de abrangência mundial que engloba milhares de outras redes menores, ou seja, é a rede de redes no ciberespaço. Inexiste qualquer outro conhecido meio de difusão com tanto poder e imensa volatilidade. No universo virtual, no ciberespaço, o que regula as relações dos internautas são códigos e software de computador, cujo conjunto forma a arquitetura que o normatiza, havendo ainda necessidade da ciberlaw. Já existem no mundo virtual inúmeros portais, mais de dez milhões de sites, mais de um bilhão de páginas, constituídas de textos, sons e imagens, com variedades inimagináveis de assuntos e temas. A internet é a maior rede de sistemas computadorizados do mundo.¹⁴⁴

Trata-se da última revolução da informação: a revolução da informática, a era da comunicação instantânea que marca, como nenhuma outra, a globalização das idéias e a intensificação das relações sociais.¹⁴⁵

De se observar que a internet ganhou bastante adesão pelo advento e o desenvolvimento do recurso conhecido como *e-mail*. O *e-mail* ou endereço de correspondência eletrônica possibilitou ao usuário da internet trocar uma gama de informações em diversos formatos de maneira instantânea.¹⁴⁶

Para Mauro César Martins de Souza o *e-mail* consiste em

[...] uma forma básica de interação entre as pessoas na internet, possibilitando que se possa enviar e receber mensagens eletrônicas a partir de software cliente de correio eletrônico instalado no computador e interligado a uma rede de telecomunicações. A mensagem, com ou sem anexos, sai do computador (pela porta 25 do protocolo TCP/IP, que fica em *listening*, vai até o servidor provedor de acesso (*daemon*) e daquele enviado de forma instantânea para o servidor do destinatário, que a armazena em um *queue*, quando o usuário abre seu programa específico de correio eletrônico, o navegador, dito, servidor, envia ao seu micro as mensagens recebidas pela

¹⁴³ OLIVEIRA, Euler Sinoir de. **A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. Curitiba, a. 30, n. 55, jul./dez., 2005, p. 231.

¹⁴⁴ SOUZA, Mauro César Martins de. **E-mail (...net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado**. In: Jornal Trabalhista Conselux, n. 860, abr. 2001, p. 511.

¹⁴⁵ GUERRA, Sidney. **O direito á privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 90.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Euler Sinoir de. **A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. Curitiba, a. 30, n. 55, jul./dez., 2005, p. 233.

mesma porta de envio, efetuando uma conexão *inbound* entre os servidores)¹⁴⁷

De fato, os benefícios trazidos pela internet e, mais especificamente, pelo *e-mail*, tais como o baixo custo e a rapidez, foram determinantes para a sua popularização. Uma nova realidade invadiu o dia a dia das pessoas e das empresas, as quais não demoraram a assimilar esse novo modelo de comunicação. Pode-se dizer que hoje é praticamente irrisória a parcela de usuários da internet que não possui um endereço eletrônico para recebimento e envio de mensagens instantâneas.

Podemos observar, portanto, que o avanço tecnológico proporcionado ao indivíduo na esfera particular, estendeu-se ao ambiente de trabalho, uma vez que as inúmeras vantagens do *e-mail* passaram a substituir velhas formas de troca de informações e armazenamento de dados corporativos.

É dentro desse grupo de usuários que encontramos a contratação de serviços de *e-mail* entre provedor e pessoa física e entre provedor e pessoa jurídica, esse último denominado *e-mail* corporativo ou correio eletrônico de titularidade empresarial.

Com efeito, não apenas a titularidade é fator distintivo entre essas duas espécies de correio eletrônico, mas também a função e a finalidade de cada uma das espécies podem diferenciá-las. Quando se trata de correio eletrônico pessoal, seu fim é o de troca de mensagens de assuntos correlatos às atividades e assuntos inerentes ao indivíduo que lhe possui, enquanto o correio eletrônico corporativo possui como norte a troca de mensagens relativas aos assuntos da empresa, baseadas nos produtos e serviços que esta oferece e nada mais.

Apresentados os aspectos gerais mais relevantes relacionados à internet e feita a distinção entre o correio eletrônico pessoal e o correio eletrônico pertencente à empresa, passa-se à análise da contextualização do direito à intimidade na “Rede das redes”, para um posterior estreitamento do assunto no que concerne ao *e-mail* corporativo.

¹⁴⁷ SOUZA, Mauro César Martins de. **E-mail (...net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado.** *Jornal Trabalhista Conselux*, n. 860, abr.2001. In: OLIVEIRA, Euler Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*. Curitiba, a. 30, n. 55, jul./dez., 2005, p. 232.

3.2. O DIREITO À INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO

Com a constante deterioração das paredes que protegiam a intimidade, processo este acelerado com o advento da era tecnológica, a possibilidade de uma sociedade não vigiada sequer é imaginada pela maioria das pessoas. O indivíduo foi absorvido pela sociedade tecnológica e não reivindica como outrora a preservação de sua liberdade, entregando-se à sociedade de “1984”.

Os direitos fundamentais visam assegurar à pessoa uma vida digna em todos os setores deste, incluindo-se, aqui, o seu trabalho. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento, sustenta que os direitos fundamentais

[...] na esfera das relações de trabalho, têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético, que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos, nas relações de trabalho como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, saúde, integridade física, personalidade e outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e integração dos trabalhadores na sociedade, perante a qual têm o dever-direito ao trabalho.¹⁴⁸

O direito à intimidade, por se caracterizar como direito de personalidade, intrinsecamente relacionado ao direito à liberdade, à vida e à dignidade, nunca se dissocia do indivíduo, acompanhando-o em todas as suas relações, inclusive na relação de emprego. Nesta esteira de raciocínio, complementa Sandra Lia Simón:

[...] de nada adiantaria o Estado respeitar o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos, se não houvesse mecanismos que impusessem esse mesmo dever aos empresários, no âmbito das relações laborais, bem como aos particulares e à sociedade como um todo.¹⁴⁹

É sabido que a relação de trabalho é caracterizada pela subordinação. A subordinação aqui referida, contudo, restringe-se ao âmbito da execução do trabalho contratado. Assim, ainda que o empregado esteja em um patamar hierarquicamente inferior em relação ao empregador, o poder de mando deste não é irrestrito em relação àquele.

Nesse sentido, ressalta-se a posição de João de Lima Teixeira Filho, o qual compreende que "a intimidade está relacionada com o que a pessoa faz e vive reservadamente, abrangendo não só o ambiente doméstico, mas também o

¹⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 463.

¹⁴⁹ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.102.

ambiente laboral"¹⁵⁰. Em conclusão, o indivíduo, ainda que inserido em uma relação de trabalho, conserva seu direito à intimidade e o direito ao respeito de sua personalidade.

A legislação trabalhista brasileira não possui uma tutela específica (muito menos dispositivo legal expresso) que pavimente o resguardo dos direitos de personalidade do trabalhador nas relações laborais.

A título de exemplo, o mesmo não ocorre na Espanha, a qual possui em seu Estatuto dos Trabalhadores uma tutela mais detalhada da intimidade, mas que, todavia, sofre diversas críticas, tanto devido à falta de clareza de seu texto, como até mesmo pela presença de evidente inconstitucionalidade em alguns casos.

Deste modo, o alto grau de generalidade da legislação brasileira para o tema (insculpida unicamente no art. 5.º da CF/88) se constitui em maior acerto na resolução de questões envolvendo os direitos do empregado e do empregador.¹⁵¹

3.3. LIMITAÇÕES AO DIREITO À INTIMIDADE

Conquanto o direito à intimidade possa ser definido por parte da doutrina como absoluto, isso não significa que ele seja ilimitado. Aliás, utilizando-se das palavras de Sandra Lia Simón, “não existe direito ilimitado. Absolutos, neste caso, quer dizer que são oponíveis contra todos”¹⁵², são direitos *erga omnes*, passíveis de ser opostos contra a generalidade, fazendo emergir um dever de abstenção, qual seja o de não lesar a esfera íntima alheia.

A compreensão do homem como um ser social impõe a necessidade de regulamentar essas relações, visando salvaguardar os direitos de todos os indivíduos. Tal medida se mostra de extrema relevância, tendo em vista que, em uma sociedade, cada indivíduo, justamente por sê-lo, possui direitos que lhe são próprios, que refletem a sua personalidade e que precisam ser resguardados de forma a não se anular sua individualidade, sua essência, seu ser.

¹⁵⁰ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **O dano moral no direito do trabalho**. Revista LTr. 60-09. Vol. 60, n. 09, Setembro de 1996. p.174.

¹⁵¹ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.127.

¹⁵² SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.80.

O indivíduo tem o direito de viver livremente sua vida, sem intromissões em sua intimidade e distante de qualquer publicidade indesejada. A intimidade é parte do indivíduo, parte que lhe é intrínseca e que merece proteção devido a sua grande importância e essencialidade, pois é no âmbito da intimidade que o indivíduo desenvolve sua essência, suas crenças e princípios. Desta forma, por ser a pessoa um ser social, integrante de um grupo social, faz-se essencial a harmonia para a convivência de sua personalidade com a das demais pessoas.

Com o avanço tecnológico, social e econômico de nossa sociedade, podem-se perceber pequenas e perigosas rachaduras na redoma protetora da intimidade. O direito de ser deixado só, por esta razão, passou a necessitar de uma tutela mais intensa. Deste modo, por mais amplo e variável que seja o conteúdo do direito à intimidade, admite-se sua limitação, especialmente pelo fato de vivermos em uma sociedade. Assim, por motivos de interesse social, são inúmeros os casos em que o cerceamento do direito à intimidade se faz necessário.

Na prática, porém, o problema apresenta elevado grau de complexidade, não somente pela escassez de textos específicos a respeito da definição e do conteúdo do tema, mas também pela dificuldade existente para fixar sua extensão. Os limites aos direitos da intimidade somente poderão ser estabelecidos pelo legislador sem torná-los rapidamente antiquados ou inadequados se forem suficientemente flexíveis, sob pena de se tornar mera tentativa de aprisionar a realidade a um conceito que não a comportará.

Para o professor René Ariel Dotti, a intimidade, como um dos bens necessários para o desenvolvimento da personalidade, tem sido, em vários sistemas, matéria de tratamento legislativo autônomo, não se confundindo com outros direitos da personalidade, como a inviolabilidade da correspondência, o direito ao nome, à honra, à integridade física e moral, etc. Todavia, como afirma o referido autor “as conexões são evidentes e há situações nas quais a violação de qualquer um desses direitos se confunde com a ofensa à intimidade”¹⁵³.

Sandra Lia Simón, na mesma esteira de pensamento, afirma como primeiro fator limitador da intimidade, na configuração do interesse público, o interesse da Administração Pública, que está diretamente relacionado ao interesse da sociedade e conduz a uma ponderação de valores, segundo a qual, o sacrifício de um bem

¹⁵³DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**: Possibilidades e Limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 194.

individual representaria um prejuízo de diminuta consideração em se levando em conta o de toda uma coletividade.¹⁵⁴

Conforme Vânia Siciliano Aieta, a limitação à intimidade se dá de forma natural, observado pelo simples fato de vivermos em sociedade e necessitarmos dela para um convívio harmonioso com os demais cidadãos. As limitações, portanto, são resultantes da necessidade de se viver em sociedade e o indivíduo que a integra precisa aceitá-las para atingir a harmonia. Assim, as delimitações encontrariam alicerce no princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual se deve obedecer a uma graduação de prioridades, surgindo a limitação no momento em que os interesses do indivíduo são superados pelos interesses da coletividade.¹⁵⁵

No mesmo sentido de Vânia Siciliano Aieta, Paulo José da Costa Jr. afirma que quando o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificado está o sacrifício da liberdade. O mesmo autor recorda, ainda, que “se alguém tem o direito de permanecer recolhido em sua esfera privada, íntima, ou secreta, pode evidentemente tanto sair de seu isolamento, quanto permitir que terceiros tenham acesso até a sua soledade”¹⁵⁶. Há, portanto, a necessidade de uma relação entre os indivíduos que convivem em uma sociedade, o que obriga o homem a aceitar as delimitações que lhe são impostas pela exigência da vida em comum.

Para Liliana Minardi Paesani, os limites da intimidade¹⁵⁷ podem ser superados quando há interesse público em divulgar aspectos da vida íntima do indivíduo. O interesse, contudo, se limitará à notícia cujo conhecimento se mostre útil e não eliminando a esfera íntima do indivíduo.¹⁵⁸

No tocante ao direito de trabalho é de se ressaltar que, ainda que a subordinação seja característica básica de referida relação, não se pode afirmar que, decorrente desta constatação, o empregado tenha que se sujeitar a quaisquer tipos de ordens do empregador, pois, o poder diretivo também não é ilimitado.

¹⁵⁴ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 81 a 84.

¹⁵⁵ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999, p 165 a 167.

¹⁵⁶ COSTA JR., Paulo José da. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 45.

¹⁵⁷ No original utiliza-se o termo “privacidade”.

¹⁵⁸ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: editora Atlas, 2006, p.49.

3.4. DIREITO À INTIMIDADE *VERSUS* INTERNET

O avanço tecnológico possibilitou uma devassa na vida íntima das pessoas, fenômeno denominado de “erosão da privacidade”¹⁵⁹ que inquietou os mais diferentes ramos ligados à preservação da autonomia ética do indivíduo, tornando essencial a difusão de uma nova consciência jurídica dos cidadãos.

“A tecnologia é neutra. A sua utilização é que não é”¹⁶⁰. Apesar de simples, essa afirmação possui muito conteúdo em suas poucas palavras. A tecnologia é criada para servir o homem, tornar sua vida mais cômoda ou alegre, a popularização da internet de forma súbita e sem regramento distorceu (em parte) sua finalidade. Nas palavras de Garcia Marques:

O computador excitou a imaginação pública e gerou grandes esperanças e grandes receios. Tornou-se um símbolo de tudo o que é bom e de tudo o que é mau na sociedade moderna. O aparecimento de uma técnica nova suscitou sempre sonhos desproporcionados ao mesmo tempo que provocava o pânico e a angústia na desumanização da espécie.¹⁶¹

A internet e o computador não falharam em seu objetivo, o homem quem os teria corrompido. O problema, portanto, não resulta necessariamente do progresso, mas “dos efeitos de tal progresso e na medida em que os homens não estão controlando suficiente e prudentemente os mecanismos que devem servi-los em termos de bem-estar e segurança”¹⁶².

Sônia Aguiar do Amaral Vieira sentencia:

O avanço tecnológico, traço das sociedades desenvolvidas, introduziu no mercado, meios de comunicação eletrônica como as teleobjetivas, aparelhos eletrônicos de escuta, sistemas internos de televisão, aparelhos de interceptação telefônica, câmeras fotográficas, gravadores minúsculos, antenas parabólicas, microfones parabólicos, telex, fax e telefone celular. Muitos destes aparelhos visam penetrar a distância e de modo ilícito a Intimidade das pessoas.¹⁶³

¹⁵⁹ DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**: Possibilidades e Limites. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 177.

¹⁶⁰ DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 7.

¹⁶¹ MARQUES, Garcia. **Informática e liberdade**. DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 226.

¹⁶² DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**: Possibilidades e Limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 227.

¹⁶³ VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da Intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.77.

Conforme afirmado, a tecnologia não possui índole, ela não é boa ou má, a tecnologia é neutra. Assim, em que pese o entendimento da autora retro citada, os aparelhos não “visam penetrar a distância e de modo ilícito a intimidade das pessoas”, as pessoas que dão esse fim a eles. E com isso a máquina foi humanizada (e declarada culpada) e o homem se desumanizou.

Assim, a maior preocupação que emerge juntamente com essa nova “Era da Informação” é a possibilidade de uma descaracterização da própria essência do ser humano. O uso inconseqüente de uma ferramenta tão poderosa como a internet deve ter um fim, sua fruição deve ser feita de forma moderada e dotada de bom senso. A possibilidade de controle, justificada a partir do uso inconseqüente dos meios eletrônicos e pela segurança proporcionada também deve ter limites. Esses limites, contudo, são de difícilima estipulação, afinal, o que pode ser considerado como medida de segurança para alguns, é invasão de privacidade para outros. Nesse sentido, afirma Fábio Henrique Podestá:

É justamente nesse ponto que se identificam os paradoxos de um ramo da ciência que está diretamente relacionado ao avanço tecnológico, isto é, a informática que nos tempos atuais permite fiel controle da vida humana a gerar inevitável vigilância e afronta aos direitos da personalidade.¹⁶⁴

Concretamente, no que concerne aos direitos fundamentais e, portanto, também ao direito à intimidade, o impacto do uso desmedido das novas tecnologias invariavelmente vem acompanhado de conseqüências negativas, as quais limitam e impossibilitam a realização completa desses direitos.

A existência de confrontos sociais antes inimagináveis também é decorrente do sentimento de anonimato proporcionado pela internet. Trata-se de um curioso aspecto do ponto de vista comportamental, que proporciona ao indivíduo um distanciamento social fictício, “visto que o aspecto da intangibilidade traz uma certa insensibilidade quanto à observação do outro em relação à si mesmo”¹⁶⁵.

A representação da internet como um lugar de liberdade infinita induz indivíduos a terem comportamentos e realizarem práticas ilícitas que, fora dessa “terra sem lei” jamais se esperaria que o fizessem. Tal se dá pela falsa impressão da

¹⁶⁴ PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito à intimidade em ambiente da internet**. In: Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.180.

¹⁶⁵ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 23.

existência de um “escudo protetor erigido pela tela do computador”¹⁶⁶. Essa sensação de invisibilidade transmite a segurança para o usuário de que ele não pode ser observado; de fato, não pode na maioria das vezes (salvo por intervenções alheias) ser diretamente observado, mas pode ser rastreado e encontrado.

A despeito do revestimento legal da Intimidade (apresentado de forma pormenorizada no capítulo primeiro), há de se concordar que é notável a fragilidade do funcionamento do aparato jurídico perante o uso do correio eletrônico. Isto se dá devido à inexistência de disposição legal expressa a respeito do uso do correio eletrônico como meio de correspondência ou de comunicação protegida pela inviolabilidade de sigilo. Neste sentido, evidencia-se a inteligência do texto constitucional:

Art. 5.º, XII - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Como se evidencia através da leitura do dispositivo constitucional retro exposto, não há menção de proteção ao correio eletrônico. Contudo, deve-se lembrar que, conforme abordado no primeiro capítulo, a privacidade é compreendida como gênero da intimidade e esta comporta em si o direito ao segredo e ao sigilo, as esferas mais restritas do indivíduo. Assim, a inviolabilidade do sigilo da correspondência resguarda o indivíduo de invasões indesejadas e preserva sua intimidade. Ademais, pode-se interpretar que o “sigilo de dados” constante na norma acima foi o meio encontrado pelo legislador de proteger genericamente o direito de sigilo dos cidadãos diante da possibilidade de surgimento de novas tecnologias e invenções humanas.

Uma interpretação sistemática permite concluir que o sigilo assegurado no supracitado artigo da Carta Magna também alcança o correio eletrônico e assegura sua proteção e inviolabilidade. Desta forma, ainda que o meio de comunicação em pauta não esteja expressamente presente na estrutura concreta do art. 5º, XII, é consensual que o monitoramento do e-mail pessoal é ato proibido, consistindo em evidente agressão à intimidade.

¹⁶⁶ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 23.

Advogando em defesa da interpretação sistemática do sigilo de correspondência constante no dispositivo constitucional em análise, sustenta José Afonso da Silva:

O *sigilo da correspondência* alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é, outrossim, forma da liberdade de expressão do pensamento [...]. Mas, nele é que se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Ai é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas na confiança de que se deu pura *confidência*.¹⁶⁷ (destaques do autor)

A continuidade da interpretação sistemática permite observar outra conseqüência no tocante ao artigo 5.º, XII da CF, consistente na possibilidade de violação do correio eletrônico quando determinada por decisão judicial.

Conforme analisado anteriormente, o direito à intimidade, na concepção clássica (*right to let be alone*), consiste em um direito de defesa contra qualquer intromissão alheia, um direito negativo, que faculta ao indivíduo a exclusão de conhecimento de todos os demais sobre fatos relativos a ele.

Com o avanço dos meios de comunicação e, em especial, com o surgimento da internet e a forte influência exercida por esses meios na sociedade, restou duvidosa se a concepção clássica de direito à intimidade comportaria a realidade presenciada na “era da informação”.¹⁶⁸

Partindo-se dessa premissa, percebe-se que o direito à intimidade tomou uma dupla feição na atualidade: a primeira, de um direito negativo, de exclusão e a segunda, de um direito de controle sobre as próprias informações. No que tange à insurgente feição do direito à intimidade afirmou Pereira:

Assim, uma vez superada a concepção clássica do direito à intimidade, os indivíduos devem estar dotados de poderes de decisão e de controle acerca de suas informações pessoais que estejam armazenadas, por terceiros, de forma automatizada, até mesmo porque, neste caso, já não é possível exercer o direito de defesa, de exclusão, tendo em vista que as informações pessoais já deixaram o âmbito de domínio do indivíduo. Fala-se, então, de um direito específico para a proteção dos dados pessoais (sejam ou não íntimos) frente aos tratamentos informáticos e telemáticos, o que a doutrina ora

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 206.

¹⁶⁸ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

denomina autodeterminação informativa, ora liberdade informática ou, ainda, intimidade informática.¹⁶⁹

O desenvolvimento e o constante avanço informático colocaram em crise o conceito de intimidade. Os inúmeros e generosos princípios, regras e leis que protegem e asseguram a intimidade “ficam esvaziadas perante a agressividade das práticas comerciais ou não, provenientes da circulação dos dados informáticos”.¹⁷⁰ Disto emerge a necessidade da proteção legal específica do direito ao controle sobre as próprias informações, o qual deve ser alocado juntamente com os direitos fundamentais e contrabalançado entre os demais interesses do Estado.

Através do presente tópico se intentou deixar claro que a internet trouxe consigo inúmeras facilidades e possibilidades de entretenimento ao homem. Com o advento da internet o câmbio de dados e a circulação de informações passaram a se dar de forma instantânea e sem o devido filtro, o que gerou o processo de perda da intimidade. Devido à inexistência de uma legislação específica, a questão do direito à intimidade na internet e demais meios relacionados é interpretada por alguns de forma extensiva e por outros de forma restritiva, podendo ser fonte de insegurança jurídica e, por tais motivos, necessita orientações mais sólidas e precisas. O direito ao sigilo do correio eletrônico pessoal é protegido pelo art. 5.º, XII da Carta Magna, restando pendente, portanto, saber se o correio eletrônico pertencente à empresa, mas utilizado pelo empregado, é passível do monitoramento ou se também é assegurado seu sigilo, tema que será abordado a seguir.

3.5. DO MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR E SUAS NUÂNCIAS JURÍDICAS

O presente tópico emerge como clímax do trabalho, pois, após ter se conhecido os princípios de direito que permeiam o tema, sem ainda ser possível haver sequer um relance sobre sua possível conclusão, finalmente se analisará uma questão que, mesmo após anos da popularização do e-mail, ainda gera polêmicas

¹⁶⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. 1. ed., 4. tirag.. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 145.

¹⁷⁰ PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3. ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 52.

no mundo jurídico: a possibilidade de monitoramento do correio eletrônico corporativo do empregado pelo empregador.

Para se encontrar uma direção segura, existem infindas questões a serem analisadas e ponderadas: o sigilo da correspondência eletrônica como direito fundamental e o direito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, o direito fundamental de propriedade, o correio eletrônico corporativo como instrumento de trabalho, a finalidade dada pelo trabalhador ao correio eletrônico corporativo, o poder diretivo e a possibilidade de determinação do uso dos instrumentos de trabalho, o poder diretivo e a determinação pelo empregador da forma como o trabalho deve ser desempenhado, etc.

Logicamente que, por se tratar de um trabalho monográfico, não se tentará defender uma tese e criar doutrina, apenas serão apontadas as soluções existentes para o problema e, eventualmente, serão propostas soluções, estas, contudo, com o objetivo de mero debate acadêmico. Sem mais delongas, passa-se à efetiva análise.

O correio eletrônico, conforme já salientado, é um dos principais meios de comunicação existentes e ferramenta de suma importância nos dias atuais. Sua praticidade conquistou os mais diversos públicos e sua utilização se dá nos mais diversos locais. Tal se dá por consistir o correio eletrônico um meio de comunicação eficiente e de baixo custo, acessível a todas as pessoas, pouco importando a classe social a que pertencem.

Os reflexos da Era da Informação sobre a atividade empresarial também são indiscutíveis. As rápidas transformações do mundo moderno, decorrentes da massificação dos meios de comunicação e da globalização, agregaram relevantes inovações ao campo empresarial. A sistemática empresarial passou a ser redimensionada frente ao surgimento de novas tecnologias que cessaram com a exigência da força física¹⁷¹, nascendo a necessidade de desenvolvimento intelectual cada vez mais específico por parte do trabalhador. A implantação de técnicas informatizadas, tais como o uso da internet, intranet e correio eletrônico nas empresas, promoveu a maior produção em um menor espaço de tempo.

Apesar de todos os benefícios advindos dessa nova tecnologia, seu objetivo pode ser deturpado de forma a ocasionar inúmeros prejuízos para a empresa, tais como a diminuição da produtividade devido ao uso não profissional da

¹⁷¹ Como fora nos tempos da revolução industrial.

correspondência eletrônica, a divulgação de documentos, produtos ou estratégias confidenciais da empresa, a infecção do sistema com vírus (o que pode ocasionar prejuízo material de grande monta), etc.. Visando cessar qualquer possível deturpação no uso do e-mail corporativo, algumas empresas adotaram a prática de monitoramento dos meios de comunicação eletrônicos fornecidos aos seus funcionários, o que iniciou a controvérsia.

Ainda, deve-se esclarecer que a correspondência eletrônica reveste-se de pouca segurança, visto a facilidade de interceptação existente. Nas palavras de Jeffrey Rosen:

O e-mail pode ser interceptado de modo relativamente fácil: em vez de ser enviado diretamente de computador para computador, os dados viajam em “pacotes” através de vários intermediários, onde eles podem ser lidos antes que cheguem ao seu destino. Além do mais, o e-mail pode ser recuperado a partir de vários lugares após ser recebido, incluindo o disco rígido do remetente ou do destinatário, ou do servidor da empresa, onde ele comumente fica armazenado, como *backup*, mesmo após ter sido “apagado” por quem o recebeu.¹⁷²

A verificação ou monitoramento de forma automatizada por ser facilmente realizada, porque, p.ex, e-mails com palavras como “confidencial” ou “proprietary” podem se constituir em indício de divulgação, mesmo que não intencional, de informações sigilosas da empresa; e-mails com linha de assunto e frases como “procura de emprego” ou “currículo em anexo” podem indicar a intenção do empregado em deixar a empresa; e-mails encaminhados por um único funcionário a muitos destinatários no mesmo dia podem sobrecarregar o sistema e indicar que o tempo de trabalho está sendo desperdiçado; e-mails com a linha de assunto e a designação “fwd” ou “re” aparecendo diversas vezes podem se tratar de piadas redirecionadas a diversas pessoas ou bate-papos indevidos; e-mails com mensagens que possuem anexos “.exe”, como vídeos, sobrecarregam a rede e propiciam a lentidão do computador, podendo paralisar o sistema.¹⁷³

A facilidade tentadora do monitoramento do correio eletrônico somada à inexistência de leis específicas para regular o uso do e-mail corporativo criou uma

¹⁷² ROSEN, Jeffrey. **The unwanted gaze**. In: LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 112.

¹⁷³ LISBOA, Roberto Senise. **A inviolabilidade de correspondência na internet**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 526.

tensão jurídica. A doutrina apresenta dois principais posicionamentos para a solução do problema colocado.

O primeiro posicionamento a ser analisado tem como fulcro a possibilidade de monitoramento pelo empregador do correio eletrônico corporativo utilizado pelo empregado sob o fundamento de que freqüente é uso desse meio de comunicação de forma indevida. Muitos são os motivos elencados, a exemplo: o repasse a terceiros ou concorrentes diretos de informações sigilosas da empresa; sobrecarga no sistema ao nível de diminuir a eficácia deste ou da rede, até mesmo a paralisação das atividades da empresa, caso estas dependam do sistema informático; o desvio de atenção e conseqüente diminuição da produtividade.

Aqueles que defendem a possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo do empregado alegam que

O uso do vocábulo monitoramento transmite equivocadamente o sentido de ter como finalidade vigiar e espionar a vida pessoal do trabalhador, o que absolutamente não se traduz em seu verdadeiro propósito. Exatamente em sentido oposto ao apregoado, o gerenciamento eletrônico de documentos não se destina e tampouco comporta a interpretação de violar a intimidade ou sigilo da correspondência de seus funcionários. Opostamente visa tão só a defesa e a prevenção da responsabilidade patronal pelos atos praticados por seus empregados, aliado ao escopo de adotar medidas preventivas de segurança e proteção de sua infra-estrutura tecnológica.¹⁷⁴

A possibilidade de monitoramento do correio eletrônico corporativo utilizado pelo empregado geralmente é baseada no direito de propriedade do empregador. A justificativa residiria no fato de que os computadores da empresa, bem como a rede na qual estão conectados são de propriedade da empresa, cabendo a ela o custeio da aquisição dos equipamentos, instalação, manutenção, conexão à internet e demais encargos relacionados. Nesse sentido, ressalte-se que ao disponibilizar seus recursos virtuais, o empregador está fornecendo um instrumento de trabalho ao empregado que, como tal, deve ter destinação estritamente ligada à sua atividade, não cabendo destinação diversa como uso para assuntos privados e pessoais. Sendo o correio eletrônico fornecido pelo empregador um suporte para o funcionário

¹⁷⁴ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Uso do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002, p. 5 e 6.

no desempenho das suas funções, não deve existir sigilo do conteúdo para a instituição.¹⁷⁵

[...] a informação contida nas mensagens corporativas tem conteúdo comercial e integram o ambiente privado da companhia. Nesse caso, o sigilo que requer proteção se opera em favor do proprietário da ferramenta de trabalho e se dirige as informações sigilosas da empresa.¹⁷⁶

Ao disponibilizar seus recursos virtuais a empresa coloca ao alcance do empregado a possibilidade da prática de atos que comprometam sua imagem e patrimônio, “acrescida da possibilidade de sua responsabilização legal por atos praticados por seus funcionários”.¹⁷⁷ Assim,

O acesso ao computador utilizado pelo empregado é útil para a avaliação da sua produtividade e do seu comportamento no ambiente de trabalho. E, por conta disso, torna-se justificável para o empregador a realização do monitoramento dos e-mails.¹⁷⁸

O fundamento legal que justifica a possibilidade de monitoramento através do direito de propriedade, encontra-se exposto na inteligência do art. 5.º, XXII associado ao art. 170, II da Constituição Federal. O direito de propriedade, como um direito fundamental, relacionado ao poder diretivo do empregador (art. 2.º da CLT), assegura a este a possibilidade de fiscalizar, comandar e estabelecer a forma como será desenvolvida a atividade que envolva seus bens. A subordinação às regras da empresa é vista, neste sentido, como uma obrigação do empregado.

Se o empregador forneceu um computador ao empregado, presume-se que este equipamento seja fundamental para a execução do serviço. Logo, com base no poder de direção, o empregador poderia checar as mensagens eletrônicas recebidas e enviadas pelos trabalhadores, pois é “terceiro interessado”.¹⁷⁹

¹⁷⁵ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Uso do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002, p. 2.

¹⁷⁶ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Uso do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002, p. 8.

¹⁷⁷ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Uso do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002, p. 2.

¹⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. **A inviolabilidade de correspondência na internet**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 526.

¹⁷⁹ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 161.

Os defensores dessa vertente recomendam, para evitar os confrontos entre empregados e empregadores, a vigência de uma política de segurança corporativa (como a inserção de uma cláusula contratual que permita à empresa a checagem dos e-mails), de conhecimento inequívoco e expresso por parte dos funcionários de que existe a possibilidade de monitoramento de suas contas de correio eletrônicas corporativas.¹⁸⁰

Hugo Leal Neri ao se questionar se o direito à privacidade da correspondência eletrônica seria direito renunciável, afirma:

Tratándose de la cuenta de correo electrónico corporativo: El trabajador no puede renunciar a um derecho a la privacidad del cual no es titular. El titular del bien jurídico privacidad, en lo que al correo eletrônico corporativo se refiere, es el dueño de la corporación, la cabeza administrativa de la empresa, es decir, el patrón que por conducto de sus empleados envía y recibe sus comunicaciones privadas.¹⁸¹

A partir do ponto de vista apresentado por esta linha de pensar, o correio eletrônico corporativo, por ser de propriedade da empresa, quando disponibilizado ao empregado, deve atender unicamente às necessidades corporativas, motivo pelo qual não se pode falar em sigilo, porquanto a empresa não pode ser acusada de violar a própria correspondência. Nesse sentido, fica descabido o entendimento de que o monitoramento do e-mail corporativo consistiria em violação da intimidade, dos direitos da personalidade, dos direitos fundamentais ou da dignidade da pessoa humana.¹⁸² “O contemporâneo conflito entre privacidade e poder diretivo, não autoriza imposição de dogma onde a proteção dos direitos individuais se sobrepõe aos direitos do empregador”¹⁸³. Nesta linha de raciocínio, acrescenta Alexandre de Moraes:

[...] nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações

¹⁸⁰ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 162.

¹⁸¹ NERI, Hugo Leal. **La privacidad del correo eletrônico em lãs relaciones obrero-patronales – visión desde El Derecho mexicano**. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick; MORENA, Márcio (organizadores). **Informática & internet: aspectos legais internacionais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001, p. 293 e 294.

¹⁸² FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Uso do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002, p. 6.

¹⁸³ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barretode Castro. **O uso do correio eletrônico na ambiente de trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002, p. 1.

telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.¹⁸⁴

É de se ressaltar que a insegurança jurídica presenciada devido à lacuna jurídica é prejudicial a ambas as partes, empregado e empregador. Para o primeiro por ter sua intimidade ferida e para o segundo que, por vezes, é condenado por um crime que nem sabia da existência. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Hugo Leal Neri:

Nada más ilógico e injusto que castigar a quien lee el correo de su propia empresa para proteger los intereses de la misma, y todo debido a la laguna de la ley; a la falta de definición legal sobre las reglas del juego em matéria de correo eletrônico em las relaciones obrero-patronales.¹⁸⁵

Victor Drummond atento ao embate existente entre direitos fundamentais (direito à propriedade privada da empresa *versus* direito à intimidade) no que concerne o monitoramento do correio eletrônico corporativo utilizado pelo funcionário, e admitindo este como propriedade intangível da empresa sujeita a exame, propõe uma solução intermediária para o problema. Referida solução, contudo, dependeria do cumprimento de uma série de pressupostos, quais sejam: a empresa deverá cientificar o funcionário da possibilidade de exame do e-mail corporativo¹⁸⁶, deixando claro que tal se dá por constituírem estes em bens intangíveis de sua propriedade; a empresa deverá comunicar aos funcionários que eles podem ter acesso a qualquer conta de correio particular e que esta não estará sujeita a exame; é facultado à empresa a limitação do volume de dados a circular na rede, limitação esta que deverá ser feita com razoabilidade.¹⁸⁷

Entende-se, contudo, que solução proposta mostra-se insuficiente por atentar contra a dignidade e intimidade do trabalhador e ferir também os direitos de terceiros que se comunicam com os funcionários e desconhecem a política da empresa, como se verá mais adiante.

¹⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 52 e 53.

¹⁸⁵ NERI, Hugo Leal. **La privacidad del correo eletrônico em las relaciones obrero-patronales** – visión desde el Derecho mexicano. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick; MORENA, Márcio (organizadores). *Informática & internet: aspectos legais internacionais*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001, p. 305.

¹⁸⁶ Essencial a ciência do empregado, caso contrário, existirá a aplicação de um critério de presunção de privacidade absoluta.

¹⁸⁷ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 89.

Passando, então, a segunda vertente a ser analisada, vislumbra-se que esta defende a impossibilidade de monitoramento de qualquer tipo de correio eletrônico, seja pessoal, seja corporativo. Tal se daria por ser o correio eletrônico corporativo fornecido ao funcionário também abrangido pelo art. 5.º, XII da Constituição Federal, ou seja, referido meio de comunicação também possui o direito ao sigilo.

O principal argumento tecido por aqueles que defendem a equiparação da mensagem eletrônica com a carta é o de que a inviolabilidade de correspondência, como direito fundamental, é derivada do direito à intimidade, assegurado no art. 5.º, X da Constituição Federal. Nesse sentido, sustenta Roberto Senise Lisboa que “o direito fundamental de inviolabilidade da correspondência decorre do direito à intimidade que toda pessoa possui, desde seu nascimento com vida”¹⁸⁸. Observe-se que o direito à intimidade, se lesado, jamais poderá ser recomposto, diferentemente do direito de propriedade ou do poder diretivo.

O autor supracitado aduz, mais adiante, que todos os direitos da personalidade são direitos supra legais, “devendo prevalecer diante de um interesse socialmente menos relevante”¹⁸⁹. Desta forma, o direito à intimidade, como direito pertencente à categoria dos direitos da personalidade, quando em confronto com a segurança da empresa ou com o poder diretivo do empregador, é juridicamente mais relevante.

Ademais, Euler Sinoir de Oliveira sustenta que “o poder diretivo do empregador não é via de mão única, devendo o mesmo zelar para não infringir cláusulas pétreas, como o (sic) violação da intimidade e vida privada do empregado”¹⁹⁰.

Neste sentido, ressalte-se o entendimento de Thereza Cristina Gosdal:

A adaptação às necessidades da empresa não pode importar renúncia aos direitos fundamentais do empregado e a sua dignidade. Ocorre muitas vezes de se optar pelas obrigações privadas derivadas do contrato, em detrimento de seus direitos fundamentais. Um exemplo disto nas práticas empresariais e na jurisprudência trabalhista contemporânea é o reconhecimento do direito de o empregador realizar revistas em seus

¹⁸⁸ LISBOA, Roberto Senise. **A inviolabilidade de correspondência na internet**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 516.

¹⁸⁹ LISBOA, Roberto Senise. **A inviolabilidade de correspondência na internet**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 520.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Euler Sinoir de. **A inconstitucionalidade da violação de e-mail do empregado pelo empregador**. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*. Curitiba, a. 30, n. 55, jul./dez., 2005, p. 253.

empregados na tutela de seu patrimônio, que nestas decisões revela-se mais importante que a preservação da dignidade e intimidade do empregado.

Neste caso dá-se prevalência à tutela da propriedade, no sentido cunhado pelo liberalismo, que nem mesmo no âmbito do Direito Civil tem sido compreendida de maneira tão absoluta, ainda que não se expresse claramente tal entendimento, ou que se negue o caráter violador da dignidade da conduta.

Nas relações de trabalho que envolvem desigualdade de poder das partes, com a subordinação jurídica do empregado, esta centralidade da pessoa e preocupação com a tutela da sua dignidade deveria ser ainda mais acentuada.¹⁹¹

Conforme explanado, muitas empresas, devido ao “vácuo” legislativo no que concerne ao tema, tentam se respaldar de possíveis acusações deixando expresso no contrato de trabalho a possibilidade de monitoramento do correio eletrônico empresarial.¹⁹² Contudo, aqueles que defendem a inconstitucionalidade do monitoramento do correio eletrônico alegam que essa prática não se eximiria de irregularidades, tendo em vista que o contrato de trabalho deve ser regido pelo princípio da boa fé e devido à impossibilidade de renúncia dos direitos fundamentais¹⁹³. Desta forma, a inserção de referida cláusula configuraria abuso de direito, podendo o contrato ser extinto por exceder os limites impostos pela boa-fé.¹⁹⁴

Acerca do tema, acrescenta César Fiuza:

[...] a dignidade da pessoa humana é um valor a ser realizado pelo ordenamento jurídico. Foi consagrada no art. 1.º, III da Constituição, como fundamento da República brasileira. É com base nessa dignidade que todas as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, bem como todas as situações e relações jurídicas deverão ser interpretadas, inclusive os contratos.¹⁹⁵

No que concerne à dignidade da pessoa humana, muitos são os critérios existentes que buscam estipular o que pode ser considerado indigno numa relação de trabalho. Thereza Cristina Gosdal afirma que “uma possibilidade seria considerar a existência de opressão quando houver abuso de direito pelo empregador, quando

¹⁹¹ GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. 186 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 135 e 136.

¹⁹² LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 114.

¹⁹³ Lembrando que a irrenunciabilidade é característica dos direitos fundamentais.

¹⁹⁴ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10. ed., revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 411.

¹⁹⁵ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10. ed., revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 407.

utilizar um poder que a lei estabelece para um fim que a lei não prevê, com prejuízo para o trabalhador”¹⁹⁶. Aplicando-se ao caso, percebe-se que o monitoramento do correio eletrônico corporativo do empregado consiste em evidente afronta ao princípio da dignidade humana, vez que não é permitido ao empregador interferir ou intrometer-se na vida de seu empregado, pois, conforme já se aventou no capítulo relativo ao poder diretivo, é cediço que este se limita à esfera de trabalho do empregado.

O monitoramento do correio eletrônico corporativo cedido ao empregado consiste em evidente afronta não só à dignidade da pessoa humana, como também sua intimidade. O ser humano não pode ser interpretado como mero meio para atingir a finalidade alheia, sendo utilizado como “instrumento” para atingir o objetivo do empregador. O ser humano possui um fim em si mesmo, não existindo preço (ou salário) que pague por sua dignidade. A dignidade, conforme aventado está associada à proteção daquelas condições indispensáveis para a realização de uma existência que faça sentido para cada pessoa. A intimidade, portanto, está compreendida pela dignidade, de forma que, em se desrespeitando aquela, também se está ferindo esta.

Ademais, outra problemática que surge, bastante relevante, é a de que uma empresa que monitora o e-mail de seu funcionário obrigatoriamente teria acesso a mensagens de seus clientes, fornecedores e qualquer outra pessoa que troque e-mails com o funcionário, atingindo, desta forma, a privacidade de terceiros - e estes sequer assinaram um contrato permitindo a devassa de sua correspondência.¹⁹⁷

Certo é que “nenhuma liberdade pode ser tida como absoluta diante da possibilidade real de configuração de abuso, quando outros direitos da mesma categoria são violados”¹⁹⁸. No caso, a proteção da intimidade e, portanto, da inviolabilidade do e-mail corporativo do empregado deve ser assegurada como via de regra, admitindo-se como excepcional exceção nos casos que revelem interesse socialmente mais relevante, tais como: a proteção dos direitos de personalidade alheia (direito à vida, integridade física e psíquica, liberdade, etc.); a existência de

¹⁹⁶ GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. 186 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 93.

¹⁹⁷ DRUMMOND, Victor Gameiro. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 76.

¹⁹⁸ PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito à intimidade em ambiente da internet**. In: Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.198.

fortes indícios de prática de crime; e a violação aos interesses difusos e coletivos extrapatrimoniais da sociedade (sendo a quebra do sigilo a última alternativa possível para resolução do problema)¹⁹⁹ ²⁰⁰.

Bruno Lewicki alerta que, ainda que o empregador, no exercício de seu poder diretivo, considere uma medida como “‘adequada’ e ‘necessária’, ela deve ser submetida a uma judiciosa ponderação em sentido estrito para que se reconheça sua conformidade com a Constituição”²⁰¹. A resolução do problema deve se dar através da ponderação dos valores em disputa, imperiosa, contudo, a reserva de um mínimo de dignidade e intimidade para os sujeitos em qualquer embate que participem.

Esboçados os argumentos favoráveis e contrários ao monitoramento do e-mail corporativo utilizado pelo empregado, é possível constatar a existência de um embate entre direitos da personalidade, de um lado o direito à intimidade do empregado e de outro o poder diretivo do empregador relacionado ao seu direito de propriedade, ambos assegurados no texto constitucional.

Evidente que a dignidade da pessoa humana prevalece sobre o direito de propriedade da empresa, especialmente por constituir aquela o principal limite ao poder diretivo do empregador. Importante ressaltar que:

Permitir a precarização das condições de trabalho oferecidas pelo empregador para que a empresa se torne mais competitiva, significa permitir maiores lucros mediante a exploração do trabalho humano, em condições que, muitas vezes, aviltam os direitos fundamentais dos empregados. A lógica deve ser invertida, a atividade econômica deve ser orientada para o ser humano e para o bem comum.²⁰²

O que se visa é a fuga da sociedade orweliana de “1984”, na qual direitos individuais eram sacrificados em prol de um suposto bem maior. Diversos são os argumentos lançados pelos empresários na tentativa de se convencer da existência de um “bem maior” (o direito de propriedade da empresa, o poder diretivo do empregador, a segurança da empresa), contudo, não existe argumento capaz de

¹⁹⁹ LISBOA, Roberto Senise. **A inviolabilidade de correspondência na internet**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 529.

²⁰⁰ Tais exceções, ressalte-se, não eximem a necessidade de designação judicial.

²⁰¹ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211.

²⁰² GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. 186 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 138.

sustentar a teoria que defende o monitoramento do correio eletrônico utilizado pelo empregado.

CONCLUSÃO

É inconteste que a Revolução Tecnológica trouxe consigo uma série de facilidades que possibilitaram o armazenamento de dados próprios, o conhecimento e o acesso a dados e informações alheios. Contudo, o tratamento dessas informações pode se mostrar lesivo à intimidade em muitos casos, de forma que possibilite a violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tornando-se imperativa a elaboração de novas regras para a solução dos novos problemas do nosso tempo.

A Revolução Tecnológica gerou uma série de mudanças sociais, inclusive no âmbito empregatício, fazendo com que múltiplas questões acerca da utilização das novas tecnologias no ambiente de trabalho aflorassem. Dentre as diversas modificações advindas, o estudo focou o uso do correio eletrônico pelo empregado no ambiente de trabalho.

A correspondência virtual é uma das ferramentas mais requisitadas no mundo dos negócios. A revista Exame²⁰³ publicou em 27 de abril de 2005 (ou seja, há mais de seis anos) reportagem na qual se evidencia que quase metade dos e-mails existentes possui sua origem ou destino alguma empresa. Percebe-se, ainda, que atualmente há uma tendência entre os empregadores de monitorar os correios eletrônicos de seus funcionários.

Vigiar e controlar funcionários, contudo, não é idéia nova, sendo uma constatação histórica; no mundo corporativo os funcionários sempre sofreram esse tipo de repressão. Com o advento das modernas tecnologias, o desempenho desse monitoramento aumentou, a internet proporcionou maior eficiência, contudo o controle se tornou silencioso e invisível ao funcionário. A justificativa principal das empresas para a realização desse monitoramento é a segurança. O dilema reside na estipulação do limite entre monitorar o trabalho e monitorar o trabalhador.

Apesar da existência de todo um aparato legal que fornece suporte à intimidade e a dignidade, é patente a fragilidade do ordenamento jurídico diante do avanço tecnológico. A internet, que, a princípio, foi vista como um espaço de liberdade plena, marcado pelo anonimato, agora é interpretada como uma zona de

²⁰³ TEIXEIRA JR., Sérgio. **E-mail é para sempre**. In: Revista Exame, São Paulo, 27 de abril de 2005.

receio, na qual “frases curtas, mas suspeitas podem levar um executivo à demissão”²⁰⁴.

Diante das análises e estudos realizados, observou-se que é pacífico entre os doutrinadores que o correio eletrônico pessoal do empregado não pode ser passível de monitoramento, visto que protegido pelo art. 5.º, XII da Constituição Federal, pairando dúvidas se o mesmo amparo teria o correio eletrônico corporativo utilizado pelo empregado.

Vale ressaltar, antes de tudo, que, uma vez sujeito a uma relação de emprego, o empregado possui alguns de seus direitos e garantias limitados, o que, contudo, não o submete a todos os mandos e desmandos do empregador, pois, antes de ser um empregado ele é uma pessoa humana digna de direitos e, ao aderir a uma relação de emprego leva consigo todos seus direitos da personalidade e fundamentais, inclusive o direito da dignidade da pessoa humana (valor matriz do ordenamento jurídico).

No mesmo plano, entende-se a relação de emprego como uma relação de poder, da qual se extrai o dever de subordinação do empregado e o poder diretivo do empregador. Este último garante uma série de prerrogativas ao empregador, dentre elas os poderes de organizar, controlar e disciplinar, possibilitando o direcionamento da energia de trabalho do empregado, a determinação da forma de uso dos instrumentos de trabalho fornecidos, etc. Em que pese o empregado estar sujeito ao dever de subordinação, o poder de direção restringe-se à relação de emprego, encontrando limites na dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, os quais acompanham a pessoa humana em qualquer relação intersubjetiva.

Assim, quanto ao monitoramento do correio eletrônico corporativo utilizado pelo empregado, extraem-se dois posicionamentos, conflitantes, porém ambos passíveis de embasamento lógico e jurídico, na medida em que há uma colisão de direitos, pois de um lado está o direito à intimidade do empregado e, do outro, o direito de propriedade relacionado ao poder diretivo do empregador.

Diante disso, emergem duas teorias quanto ao monitoramento do correio eletrônico corporativo utilizado pelo empregado: i) uma primeira defensora da possibilidade, baseada no direito constitucional de propriedade e no direito

²⁰⁴ FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo** – o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006, p. 128.

infraconstitucional (legal) de direção do empregador e; ii) a segunda, que sustenta a impossibilidade, porque seria atentatório à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, consubstanciados, aqui, no direito à intimidade. Conforme visto, ambas as teorias possuem argumentos plausíveis, não havendo um entendimento uniforme na doutrina.

Deste modo, em face da dissonância doutrinária e da possibilidade de diversos entendimentos que possuem lastro nos princípios e regras constitucionais, com o fito de solucionar o problema definitivamente e evitar a eterna controvérsia ou a existência de soluções diferenciadas para as mesmas hipóteses, urge, através de legislação ordinária própria que busque estabelecer as regras mínimas atinentes à hipótese, as quais assegurem ao empregado usuário da internet um mínimo de segurança e que, ao mesmo passo, afaste qualquer excesso.

Enquanto isso, sopesando-se as normas e princípios contidos no ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que o e-mail corporativo fornecido ao empregado também deve ser respaldado de sigilo, de forma a possibilitar a efetivação do direito à intimidade e a plenitude do princípio da dignidade da pessoa humana. Resguardando-se, desta forma, a liberdade de comunicação e expressão do funcionário.

“A privacidade está sendo atacada de todos os lados e em todos os lugares no planeta”²⁰⁵, não é admissível que se continue a ceder a esta tendência. O direito de propriedade e o poder diretivo do empregador, não podem justificar medidas atentatórias aos direitos de seus empregados. Se o objetivo do monitoramento é evitar um risco potencial, o empregador deve ter ciência de que dispõe de outros meios para afastar referido perigo, tais como a utilização de programas que limitam o número de destinatários do correio eletrônico, que impossibilitam o envio de arquivos através dele, etc.

O direito de propriedade não pode prevalecer frente ao direito à intimidade, visto que este é diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é fundamento e valor matriz que informa todo o ordenamento jurídico brasileiro. O “direito de ficar só” tomou novas dimensões juntamente com a tecnologia e não se pode permitir que o direito tão arduamente conquistado retroaja e privilegie a propriedade à pessoa humana, como fora outrora.

²⁰⁵ FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo** – o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006, p. 83.

A sociedade deve estar envolvida para que as inovações tecnológicas tenham um impacto positivo nas relações sociais e, especialmente, nas trabalhistas (nas quais se mostra mais evidente a disparidade de poder entre as partes envolvidas), de forma a assegurar a todos a concretização dos direitos inerentes à pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999.

ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTELUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2, 8. ed.. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick; MORENA, Márcio (organizadores). **Informática & internet: aspectos legais internacionais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**, I. Parte geral, tomo I, 2. ed..Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.. São Paulo: LTr, 2007.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Moraes editora, 1961.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FACHIN, Luiz Édson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Édson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. **Uso do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Belo Horizonte: Novembro 2002.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10. ed., revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo** – o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. 186 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed., revist. e atualiz.. São Paulo: Mallheiros, 2007.

GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. T. I, 4. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). **Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGANO, Octavio Bueno (coord.). **Curso de direito do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MAGANO, Octavio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

NEGRÃO, Sonia Regina. **Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6829/direitos-da-personalidade/1>>. Acesso em julho de 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 2. ed. atual. até 15/06/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e direitos humanos**. Curitiba: Editora UFPR, 2003.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: editora Atlas, 2006.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. 1. ed. (ano 2003), 4. tir..Curitiba: Juruá, 2006.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. **Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no estado democrático de direito**. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2003.

Revista Exame, São Paulo, 27 de abril de 2005.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. Curitiba – Paraná, a.33, n. 60, jan./jun., 2008.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região. Curitiba, a. 30, n. 55, jul./dez., 2005.

Revista LTr. 60-09. Vol. 60, n. 09, Setembro de 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANSEVERINO, Luiza Riva. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível**. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em junho de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

SROUR, Robert Henry. **Poder, cultura e ética nas organizações**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. Editora Malheiros, 2006.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.