

CESUMAR
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

FERNANDA LOPES CALONEGO

**DIREITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DO
EMPREGADO NO MUNDO INFORMATIZADO**

MARINGÁ
2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FERNANDA LOPES CALONEGO

**DIREITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DO
EMPREGADO NO MUNDO INFORMATIZADO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá-Cesumar, como exigência parcial para obtenção do título de *mestre*, sob a orientação da Prof^a. Dr^a Leda Maria Messias da Silva

MARINGÁ
2006

FERNANDA LOPES CALONEGO

**DIREITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DO
EMPREGADO NO MUNDO INFORMATIZADO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá-Cesumar, como exigência parcial para obtenção do título de *mestre*, sob a orientação da Prof^a. Dr^a Leda Maria Messias da Silva

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a Leda Maria Messias da Silva (orientadora)

Prof^a Dr^a Sonia Letícia de Mello Cardoso

Prof^o Dr. Ivan Motta Dias

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre me apoiaram e possibilitaram mais esta conquista, e ao meu marido e filha que além de serem meu porto seguro, souberam entender minha ausência para dedicar-me aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente a minha orientadora professora doutora Leda Maria Messias da Silva pela orientação e encaminhamento nesta fase de meus estudos;

Aos demais professores e mestres do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR) pela dedicação e ensinamentos;

Aos integrantes da turma, heróicos guerreiros, pelo imenso coleguismo e amizade;

Enfim, aos amigos que compartilharam comigo a dura e árdua luta que culminou com mais esta conquista.

“A novidade que aprendemos pela manhã,
a noite pode estar ultrapassada.”

(José Luciano de Castilho Pereira
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho)

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	10
CAPITULO I – DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	14
1.1 Noções Preliminares	14
1.2 Conceito de Empregado.....	15
1.3 Conceito de Empregador.....	17
1.4 Características do Vínculo Empregatício	19
1.5 Noções do Poder Diretivo do Empregador	20
1.6 Princípios Norteadores do Contrato de Trabalho	23
1.6.1 Princípio da Proteção do Trabalhador	26
1.6.2 Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas	28
1.6.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	29
1.6.4 Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade	31
CAPITULO II – DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	37
2.1 Nota Introdutória.....	37
2.2 Teoria Geral	38
2.2.1 Conceito	39
2.2.2 Tutela Jurídica.....	42
2.2.3 Escorço Histórico e Conteúdo	46
2.2.4 Natureza Jurídica	57
2.2.5 Características	59
2.3 Do Direito à Imagem	63
2.4 Do Direito à Intimidade e Vida Privada.....	66
2.5 Da Inviolabilidade do Sigilo de Correspondência	70
CAPITULO III – MONITORAMENTO DE <i>E-MAILS</i> E SITES PELO EMPREGADOR E A INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO	74
3.1 Nota Introdutória.....	74
3.2 Do Rastreamento ao Acesso na Internet e de <i>E-Mails</i>	75
3.2.1 Possibilidade e a Colisão de Direitos	78
3.2.2 Regulamentação	95
3.2.3 Análise no Direito Comparado.....	99
3.3 Disposição de Cláusula de Autorização no Contrato de Trabalho	104
CAPITULO IV – DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM CASO DE VIOLAÇÃO	107
4.1 Noções sobre Dano Moral.....	107
4.2 Apuração da Responsabilidade.....	113
4.3 Da Reparação do Dano.....	115

4.3.1	Reparação <i>In Natura</i>	117
4.3.2	Reparação Pecuniária	119
4.3.3	Caráter Compensatório	120
4.3.4	Caráter Punitivo	122
4.3.5	Caráter Coibitório	125
4.4	Apuração da Extensão e do Quantum Indenizatório	126
4.5	Dano Moral Resultante do Monitoramento de Empregados – Intimidade e Vida Privada	129
4.5.1	Possibilidade de Ocorrência	132
	CONCLUSÕES	137
	REFERÊNCIAS.....	141
	ANEXOS	147
	Anexo I - Acórdão Inteiro Teor HSBC	147
	Anexo II - Resolução da FINEP - Normas para Utilização do Correio Eletrônico....	166

CALONEGO, Fernanda Lopes. Direito à intimidade e vida privada do empregado no mundo informatizado. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Maringá-Paraná.

RESUMO

A proteção da privacidade no meio eletrônico e a questão de monitoramento de mensagens eletrônicas em ambiente de trabalho ainda não foram analisadas pelos legisladores brasileiros na medida em que o empregador precisa tomar inúmeras decisões para obter o equilíbrio da garantia da privacidade do empregado e da proteção de seu negócio. A utilização do poder diretivo, especificamente o poder de fiscalização é uma prerrogativa do empregador, podendo até mesmo utilizar-se de monitoramento. Mesmo com a falta de legislação específica no ordenamento pátrio, alguns casos concretos começam a ser analisados pelos Tribunais, que por sua vez, acabam utilizando analogicamente legislações de outros países como os Estados Unidos, a França, o Japão, a Holanda, e ainda, países vizinhos ao Brasil como no caso da Bolívia e Colômbia dentre outros. A falta de legislação específica aliada ao fato de que o poder diretivo de monitoramento choca-se com os direitos individuais de personalidade, especialmente no que tange à proteção da intimidade, da privacidade e da imagem dos empregados, aliado ao fato de como contrabalançar essas situações e como analisar a possibilidade da indenização por danos morais decorrentes da violação da intimidade e privacidade dos empregados é o que se pretende desvendar com a apresentação deste estudo que busca fundamentos constitucionais para proteção dos direitos de personalidade dos empregados e a relação entre o poder diretivo e seu abuso nas relações laborais.

Palavras-chave: Direitos de personalidade, poder diretivo, monitoramento de *e-mails*.

CALONEGO, Fernanda Lopes. Right to the privacy and private life of the employee in the computerized world. 2006. Dissertation (Master legal sciences) – University Center Maringá (CESUMAR). Maringá-Paraná.

ABSTRACT

The protection of the privacy in the half electronic and the question of monitoring of electronic messages in work environment had still not been analyzed by the Brazilian legislators in the measure where the necessary employer to take innumerable decisions to get the balance of the guarantee of the privacy of the employee and the protection of its business. The use of the directive power, specifically the fiscalization power is a prerogative of the employer, being able even though to use it of monitoring. Exactly with the lack of specific legislation in the native order, some concrete cases start to be analyzed by the Courts, who in turn, finish comparative using legislations of other countries as the United States, France, Japan, neighboring Holland, and still, countries to Brazil as in the case of Bolivia and Colombia amongst others. The lack of allied specific legislation to the fact of that the directive power of monitoring is shocked with the individual rights of personality, especially in that it refers to the protection of the privacy, the privacy and the image of the employees, ally to the fact of as counterbalancing these situations and as to analyze the possibility of the indemnity for decurrently pain and suffering of the breaking of the privacy and privacy of the employed is what if it intends to unmask with the presentation of this study that searches beddings constitutional for protection of the rights of personality of the employed and the relation between the directive power and its abuse in the labor relations.

Key-words: Rights of personality, directive power, monitoring of *e-mails*.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, em se considerando o processo evolutivo mais vertiginoso da atividade econômica e do mercado de trabalho, nova realidade se tem, pois as pessoas envolvidas no processo produtivo contam agora com os avanços da tecnologia, da informatização, da comunicação e de outros mecanismos de apoio cada vez mais sofisticados e que, dependendo das circunstâncias em que são utilizados, podem voltar-se contra as próprias pessoas envolvidas, na forma de controle, de fiscalização ou de monitoramento de suas atividades no trabalho.

Também a globalização da economia contribuiu para o surgimento de concorrência entre as empresas nacionais, multinacionais e transacionais, com reflexos nos meios de produção e no mercado de trabalho e com isso fazendo com que o trabalhador tenha um envolvimento participativo nessa realidade, com a necessidade de estar sempre atualizado e eficiente na consecução dos serviços ligados ao empreendimento do seu empregador, sob pena de ficar ultrapassado em sua atividade ou fora do mercado de trabalho.

Paralelamente a essa situação foram também criadas várias formas de controle sobre a atividade do trabalhador, principalmente pelas empresas em cujas atividades envolvem transportes de valores, manuseio de numerário em espécie, jóias, drogas medicamentosas e outros bens de consumos que são considerados valiosos e passíveis de furtos.

Diante desse quadro, acabou surgindo uma colisão de direitos entre o poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do trabalhador, hoje disciplinados tanto no Código Civil como na Constituição Federal.

O poder diretivo deve ser observado na medida em que não ofendam direitos dos empregados, ou seja, devem existir limites para sua existência. Um dos limites ao exercício do poder diretivo do empregador é o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, em que estão incluídos os direitos à intimidade e à inviolabilidade de sua correspondência pessoal. Portanto, para que o empregador possa exercer o controle ou a restrição ao acesso dos empregados ao material e mesmo à utilização de *e-mails* deve observar os direitos destes.

Assim, desde que justificável para efeito de segurança do patrimônio, dos demais empregados ou necessários à realização de tarefas ou serviços - com respeito à dignidade da pessoa do trabalhador - o exercício do controle sobre a pessoa do empregado, sobre sua conduta ou sobre objetos poderá ocorrer. Caso contrário, se violados os direitos à privacidade e intimidade e gerando dano à imagem do empregado, tal situação pode ensejar uma indenização por danos morais, sendo que estes são os aspectos relacionados ao desenvolvimento desse estudo.

Pautado na metodologia lógica dedutiva quando da análise da legislação e da doutrina pátrias, bem como pela análise da jurisprudência dos diversos Tribunais, encontra-se este estudo dividido em quatro capítulos onde são desenvolvidos estudos específicos direcionados a compreender, como um todo, o processo que envolve a tutela dos direitos de personalidade, mais especificamente no que tange à intimidade, privacidade e imagem dos empregados diante da possibilidade de invasão por parte dos empregadores, o que poderia, salvo melhor juízo, ensejar uma ação de indenização para reparação do dano. Dessa forma, os capítulos descortinam-se como a seguir se observa.

No primeiro capítulo o estudo está direcionado, mais especificamente, às relações de trabalho onde se procura destacar os conceitos de empregado e empregador além de caracterizar o vínculo empregatício, destacando-se noções acerca do poder diretivo e dos princípios norteadores do contrato de trabalho, como, o princípio da proteção do trabalhador, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade ou razoabilidade.

Segue-se o estudo com a apresentação do segundo capítulo que destaca os direitos de personalidade, trazendo-se à luz a teoria geral, que engloba o conceito, a tutela jurídica, histórico, conteúdo, natureza jurídica e as características, seguido da análise mais específica do direito à imagem, à intimidade e à privacidade e da inviolabilidade do sigilo de correspondência.

No terceiro capítulo busca-se entender como funciona o monitoramento de *e-mails* e sites pelo empregador na esfera da vida profissional e ainda, como fica a intimidade e privacidade do empregado, apontando como se dá o rastreamento, sua possibilidade, a regulamentação e a possibilidade de inclusão de cláusula de autorização no contrato de trabalho ou no regulamento da empresa.

Por fim, apresenta-se o quarto capítulo tecendo comentários acerca do dano moral, que poderá decorrer da violação à intimidade, à privacidade e a imagem do empregado, ou seja, como se procede a constatação do dano, os pressupostos processuais e a apuração do quantum indenizatório.

Como se vê, buscou-se traçar os parâmetros que cercam as relações de trabalho, passando-se pelos direitos de personalidade, observando-se as circunstâncias e possibilidade de se efetuar o monitoramento da atividade dos empregados quando da utilização da Internet e finalizando-se com a possibilidade

de responsabilização por dano moral quando o empregador invadir a privacidade ou intimidade, ou ainda, lesionar a imagem de seus empregados.

Após o desenvolvimento do estudo será possível vislumbrar as conclusões e as referências utilizadas que deram o suporte teórico para o desenvolvimento do mesmo.

CAPITULO I – DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

1.1 Noções Preliminares

O fenômeno jurídico não fecha os olhos aos outros campos do conhecimento humano, sofrendo suas influências, o que evidencia a característica da multidisciplinariedade que impera no âmbito do mundo da cultura. Portanto, antes da análise do tema objeto desta dissertação, deve-se fazer algumas observações no tocante à delimitação ou centralização do tema.

Não se ignora que o tema que será abordado neste trabalho, em especial a globalização e a informatização da economia, que estão hodiernamente envolvidos em acalorados debates e que, dependendo do ponto de vista do observador, pode-se chegar a conclusões bastante diferentes sobre o caminho a ser seguido.

Tendo-se em vista essa constatação que se faz mister algumas breves anotações sobre as relações entre as ciências sociais e os juízos de valor, sem se olvidar que para muitos as anotações que se seguirão podem não encontrar mais seu valor na atualidade. Filosoficamente há que destacar a forma mais antiga que orbita o pensamento humano, qual seja, o dualismo onde contraposições se destacam como, certo e errado, direita e esquerda, poder e dever dentre outras.

Nesta seara, note-se que o tema objeto de pesquisa estará relacionado a um direito do empregado diante de seu dever moral e ético em relação ao seu empregador, bem como o poder do empregador em relação aos seus subordinados. Isso porque, se tratarão da utilização da internet, por meio do correio eletrônico, *e-mails* e visita a sites que possam transmitir dados com conteúdo

“indevido”, e a possibilidade de o empregador “invadir” a esfera da privacidade ou intimidade de seus empregados para fiscalizar a não utilização da ferramenta que contenha material inapropriado ao ambiente de trabalho.

Para se ter uma melhor noção disto, pode-se perceber por meio de algumas indagações o que se pretende: Pode o empregador acessar os *e-mails* de seus empregados, utilizados no ambiente de trabalho, para verificar o conteúdo dos mesmos? Pode o empregador rastrear os sites visitados por seus empregados dentro da empresa ou com equipamentos da empresa? Até que ponto essas atitudes são juridicamente legais considerando que o mesmo é detentor do poder diretivo? Quando o empregador extrapola e invade a intimidade ou a privacidade de seus empregados? Havendo a invasão, há como se determinar o dano e sua extensão? Há como se responsabilizar civilmente o empregador pela prática desses atos?

Essas perguntas e outras mais podem traduzir o que se pretende com o desenvolvimento desse trabalho que, desde já convém salientar que o tema fica delimitado à esfera da responsabilidade civil, não abordando a responsabilização criminal por nenhum dos integrantes da relação de trabalho, qual seja, empregado ou empregador, o que poderá ocorrer, por exemplo, se o empregado além de utilizar indevidamente o equipamento de trabalho para outros fins, ainda o faz em ação delituosa, como a pedofilia dentre outros.

1.2 Conceito de Empregado

Pode-se considerar como empregado toda pessoa que trabalha (presta serviços) para um empregador, podendo ser este uma pessoa física ou

jurídica. Cabendo destacar que aquele tem como obrigação principal a prestação de um serviço e, por sua vez, recebe, em contrapartida o pagamento de uma remuneração que pode ser, parte em dinheiro, e parte em benefícios, mercadorias ou ainda, produtos (a legislação determina que pelo menos 30% do valor total deverão ser pago em espécie).

No âmbito legal, busca-se na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que em seu art. 3º, define o empregado como sendo: “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Definição essa, que se complementa com o exposto no art. 2º da CLT, onde o legislador define empregador, eis que ao expor que o empregador dirige a prestação pessoal dos serviços, estando o legislador a concluir que essa prestação de serviços deve ser executada pessoalmente pelo empregado.

Assim, empregado consiste na pessoa subordinada que deve acatar as ordens de seu empregador, ou seja, presta o serviço de forma pessoal e deve ser uma pessoa física que presta serviços contínuos. Importante destacar que aquelas pessoas que prestam serviços somente esporadicamente e são assalariados, nem sempre podem ser consideradas empregadas. Portanto, “empregado é a pessoa física que presta pessoalmente a outro serviços não eventuais, subordinados e assalariados”.¹

Importante também destacar que existe uma diferenciação entre empregado e trabalhador autônomo, sendo que se considera da maior importância esta diferenciação visto que as normas da CLT somente são aplicáveis aos

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 30. ed., São Paulo: LTr, 2004. p. 198.

empregados, e ainda, o próprio Código Civil apresenta o trabalho autônomo como prestação de serviços, sem vínculo empregatício.²

Não se pode, também, considerar o trabalhador eventual como empregado, e para tanto existem quatro teorias a serem aplicadas: a teoria do evento, pelo que o trabalhador somente irá cumprir seu trabalho em função de um evento que não terá longa duração; a teoria dos fins, onde o trabalhador eventual desenvolverá atividade que não coincide com os fins normais da empresa; a teoria da descontinuidade, pelo que o trabalhador eventual é esporádico, ou seja, ocasional; e, a teoria da fixação, segundo a qual o trabalhador eventual não se fixa a uma fonte de trabalho.³

Em suma, para se constatar a condição de empregado é preciso verificar os seguintes requisitos: pessoa física, não-eventualidade na prestação de serviços, dependência, pagamento de salário e prestação pessoal de serviços.

1.3 Conceito de Empregador

Para se obter uma definição do que venha a ser empregador, inicialmente cumpre destacar a dicção do art. 2º da CLT dispondo que o empregador é a “empresa individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Cumpre extrair dessa definição que o empregador dirige a prestação pessoal dos serviços do empregado e, também, é este que suporta os riscos do empreendimento, o que é chamado pela doutrina como alteridade.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 198. O autor destaca ainda que se deve considerar o trabalhador autônomo como um “pequeno empresário porque organiza a sua atividade econômica exercida em proveito próprio” (Ibidem, p. 199).

³ Ibidem, p. 199-200.

Note-se ainda, no art. 1º, § 1º, que:

Equipara-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, aos profissionais liberais, às instituições de beneficência, às associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Adverte-se que neste ponto existe uma pequena divergência na doutrina, ou seja, pela análise da natureza jurídica da empresa, onde para alguns ela se apresenta como sujeito de direito e para outros, como objeto, ou seja, o conjunto de bens. Portanto, para os primeiros a definição da CLT está correta, mas para os que entendem não ser a empresa sujeito de direito, empregador deveria ser somente pessoa física ou jurídica.⁴

Independentemente de haver a divergência destacada, existem vários tipos de empregadores, como o urbano, o rural, o doméstico entre outros. Nesse sentido difere o empregador rural do urbano, pois o primeiro exerce sua atividade no campo, em propriedade que desempenha atividades com fins lucrativos, enquanto o segundo, na cidade. Distingue-se o empregador rural do doméstico, pois este é pessoa ou família que não tem atividade lucrativa, enquanto o primeiro tem atividade lucrativa.⁵

Empregador rural não é apenas a pessoa que está na área rural. O sítio pode estar no âmbito urbano e o empregador ser rural. Logo, o importante é a atividade exercida pelo empregador, atividade agro-econômica, de agricultura ou pecuária com fins lucrativos. Equipara-se ao empregador rural a pessoa física que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 258.

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 214.

natureza agrária mediante utilização do trabalho de outrem (art. 4º da Lei nº 5.889/73).⁶

Já, em se tratando do empregador doméstico, pode-se verificar que este é uma pessoa ou família, que sem finalidade lucrativa, emprega certo indivíduo para realizar serviços de natureza contínua em sua residência, sabendo-se que não pode, portanto, ser o empregador doméstico, uma pessoa jurídica.⁷

Visto assim, pode-se notar que foram apresentados os conceitos básicos de empregado e empregador, pelo que não foi aprofundada a matéria pelo fato de que, os conceitos simples já produzem o efeito necessário para o encaminhamento desse trabalho. Importante destacar que será visto a seguir, quais as características que se apresentam para a configuração do vínculo empregatício.

1.4 Características do Vínculo Empregatício

O vínculo empregatício é a relação que se forma entre empregado e empregador, podendo-se dizer que são as características que unem os dois pólos da relação, onde o trabalho deve ser efetuado por pessoa física, ter aspectos de personalidade, continuidade, onerosidade, subordinação, alteridade, e ainda, não será necessário à exclusividade.

Com relação a ser executado por pessoa física, isto quer dizer que o trabalhador é identificado em uma pessoa determinada que execute as atividades; em se tratando da personalidade, o trabalho é desenvolvido por uma pessoa determinada, e somente será substituída por outra por direção do empregador; por

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 214.

⁷ Ibidem, p. 214-215.

continuidade deve-se entender o trabalho prestado de maneira permanente, ainda que para um curto período determinado, não descontínuo, admitindo-se na jurisprudência, que o trabalho prestado de três ou mais vezes por semana, preencha tal requisito. Com relação à onerosidade, o trabalhador recebe salário em contrapartida pela prestação de serviços; com relação à subordinação, o empregado recebe ordens e interferência na execução das tarefas, sujeitando-se às normas de funcionamento da empresa. Alteridade significa que os riscos do negócio são exclusivos do empregador, podendo o empregado até participar dos lucros da empresa, mas jamais dos prejuízos da mesma.⁸

Com relação à não necessidade de exclusividade, ela quando existe reforça o vínculo, mas por outro lado, o trabalhador pode ter outros empregos se não for contratada a cláusula de exclusividade.

1.5 Noções do Poder Diretivo do Empregador

O poder diretivo do empregador é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida. Ele se dá por intermédio de três principais formas: o poder diretivo de organização, o poder diretivo disciplinar e o poder diretivo de controle sobre o trabalho.⁹

O poder diretivo, de comando ou hierárquico confere ao empregador uma série de prerrogativas, consistindo no direito do empregador de: organizar certa atividade; comandar a prestação de serviços; dirigir a prestação de serviços conforme diretrizes, métodos, metas e fins estabelecidos no contrato de trabalho;

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 127.

⁹ Ibidem, p. 226.

impor variações no interesse do serviço. Assim, tem-se que o poder diretivo divide-se em: a) poder de organização; b) poder regulamentar; c) poder de controle ou fiscalizatório; e d) poder disciplinar.¹⁰

Para Mauricio Godinho Delgado, poder empregatício deveria ser a denominação mais correta, porque menos autoritária, sendo o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.¹¹

Além do mais, o poder diretivo não é ilimitado, pois este não pode contrariar normas legais, que são protecionistas e visam evitar abuso do direito. O aspecto legal é o fator que mais determina as limitações do poder diretivo do empregador, especialmente em função de convenções coletivas e sentenças normativas. “Há, por força da legislação de alguns países, uma reforma estrutural de base na organização da empresa, para que, além de cumprir os seus fins econômicos, possa desempenhar o importante papel social a que está destinada”.¹²

A função social que uma organização deve adotar diz respeito, principalmente, às condições e ao ambiente de trabalho ofertado aos empregados. Não se pode entender como um poder de direção pura e simplesmente, mas sim como um dever de direção, pois à vontade e necessidade da organização, que se expressa por meio de seu diretor não podem ultrapassar os limites do certo e do sensato.

No poder de organização o empregador tem todo o direito de organizar seu empreendimento, ou seja, cabe ao empregador determinar as normas

¹⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 27.

¹¹ Apud BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 38.

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 275.

de caráter técnico às quais o empregado está subordinado. Quanto ao poder disciplinar, cabe ao empregador impor sanções disciplinares ao empregado asseguradas pela hierarquia e disciplina consistente à sua posição. Já com relação ao poder diretivo de controle sobre o trabalho, o empregador tem o direito de fiscalizar o trabalho do empregado.¹³

O poder diretivo do empregador (e especialmente sua manifestação disciplinar) deve sempre ser exercido de forma responsável e coerente, com sensatez, transparência e equanimidade, procurando-se observar o uso da polidez, da simplicidade, da tolerância, da temperança, da boa-fé, da generosidade, da gratidão, da honestidade, da solidariedade e até da doçura, virtudes morais sem as quais seríamos corretamente qualificados de inumanos e que, afinal, constituem o verdadeiro poder: o Poder da Humanidade.¹⁴

Assim, pode-se observar que o poder diretivo sofre limitação pela própria utilização do bom senso e pelo respeito que se deve a cada um dos trabalhadores que prestam serviços, sem os quais não se teria produção e, muito menos, lucratividade.

Em se tratando do poder disciplinar, assevera a professora Leda Maria que:

É o direito do empregador de impor sanções disciplinares aos seus empregados. No direito brasileiro, poderão ser aplicadas aos empregados, as seguintes penalidades: ADVERTÊNCIA (sem previsão legal) e SUSPENSÃO (prevista no art.474 da CLT). O atleta profissional pode ser MULTADO, com base nas normas desportivas. As penalidades disciplinares estão sujeitas a controle da Justiça do Trabalho.¹⁵

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 226.

¹⁴ AVALONE FILHO, Jofir. A ética, o Direito e os poderes do empregador. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1151>>. Acesso em: 26 dez. 2005.

¹⁵ SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador. Abrangência e limitações. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 5, n. 1, p. 115-130, 2005. p. 120.

Da mesma forma, a nobre professora apresenta como se deve entender o poder de controle do empregador ensinando que:

É outra manifestação do poder de direção. E é no exercício desse poder que o empregador fiscaliza as atividades profissionais de seus empregados, e, portanto, no exercício do poder de controle ou fiscalização, atribuído ao empregador face ao seu poder diretivo, que situamos o direito de fiscalizar ou monitorar o uso dos equipamentos de trabalho pelo empregado. Portanto, aqui é que se manifesta o direito à intimidade do empregado, como direito de personalidade.¹⁶

Em suma, o poder diretivo do empregador é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida. É forçoso dizer que este poder diretivo não é ilimitado, pois este não pode contrariar normas legais, que são protecionistas e visam evitar abuso do direito. Assim, o poder disciplinar pode ser submetido ao Ministério do Trabalho ou ao Poder Judiciário (controle estatal) ou ainda a organismos de relação entre pessoal e empregado na empresa (controle privado).¹⁷

1.6 Princípios Norteadores do Contrato de Trabalho

Princípio, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, pode ter o sentido de “o que serve de base para alguma coisa; causa primeira, raiz, razão.”¹⁸ Seguindo o raciocínio de que princípio seria o ponto de partida, o princípio

¹⁶ SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento... *Revista Jurídica Cesumar*, op. cit., p. 120.

¹⁷ Nesse sentido ver: SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador. Abrangência e limitações. *Revista LTr*. v. 70, n. 01, p. 65-71, jan. 2006.

¹⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2.299.

geral de direito é um critério geral de ordenação, que inspira todo o sistema, com múltiplos efeitos.¹⁹

Para Carlos Ari Sundfeld, os Princípios tomam a seguinte conotação:

[...] são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobriremos a idéia geral que explica seu funcionamento: 'os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores'. Sem captar essa idéia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona.²⁰

Concretizando este entendimento, não se pode olvidar a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, que afirma o seguinte:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.²¹

A Constituição Federal de 1988, de origem social-democrata, tratou do valor da dignidade humana, introduzindo, em seu art. 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana. Foi a primeira Constituição brasileira a tratar deste princípio, sendo que, assim, a prioridade do Estado passou a ser o homem, com todos os seus

¹⁹ OLEA, Alonso. *Introducción al Derecho Del Trabajo*, p. 295 apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 217.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari apud ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 58.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 98.

direitos fundamentais, consoante a dignidade que lhe é inerente e independente de condição social.²²

[...] a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza.²³

A Carta Magna de 1988 dispôs ainda, como princípio constitucional, o valor social do trabalho, como condição imprescindível para o exercício do direito fundamental do homem, ou seja, o direito à vida. Portanto, o direito a um trabalho com remuneração suficiente, que possibilite uma existência digna e a conseqüente valorização do ser humano, deve ser a preocupação maior do Estado, visto ser este o fim de que deve almejar.

Em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, o Direito do Trabalho deve ser o âmago para que se humanize a sociedade capitalista, melhorando as condições de vida dos trabalhadores e proporcionando-lhes condições de vivenciarem a dignidade, ou seja, o respeito a si próprio, em toda a sua plenitude. Deste modo, para que o trabalhador seja considerado cidadão, sujeito e titular de direitos, é necessário que haja uma manifestação do Estado, reconhecendo sua própria condição humana, por meio dos direitos sociais do trabalho.²⁴

Como ciência autônoma, o Direito do Trabalho possui princípios próprios, dados as suas peculiaridades e finalidade a que persegue, qual seja, a

²² ALVARENGA, Rúbia Zanutelli. O Princípio Jurídico Constitucional Fundamental da Dignidade Humana no Direito do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 21, jul. 1989. p. 36.

²³ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa Humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998. p. 177.

²⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanutelli, op. cit., p. 23.

tutela ao obreiro. Conforme define Américo Plá Rodriguez, em clássico estudo realizado sobre os princípios do direito do trabalho:

[...] princípios são linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não previstos.²⁵

Deste modo, os princípios do direito do trabalho devem servir de fonte para a solução de problemas nas relações trabalhistas, preservando-se as particularidades que inspiram o propósito das normas laboristas, ou sejam as preocupações referentes ao ser humano e ao valor social do trabalho, essenciais para o resguardo da dignidade da pessoa humana.

1.6.1 Princípio da Proteção do Trabalhador

O Direito do Trabalho, com o objetivo de compensar o desequilíbrio resultante das relações do contrato de trabalho, advindo da desigualdade econômica entre as partes, estrutura, por meio da interferência básica do Estado, uma proteção jurídica ao trabalhador. Constitui-se esta a finalidade do Princípio protetor. A tutela ao trabalhador abrange, essencialmente, os princípios específicos do Direito do Trabalho, e assim, consoante seu fundamento, inspira-os.

Diz-se que a necessidade de proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho.²⁶ Entretanto, interessam neste trabalho apenas alguns dos princípios que advêm da tutela ao obreiro.

²⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Principios de Derecho Del Trabajo*, p.17, apud SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituição de Direito do Trabalho*. 20. ed., atual. São Paulo: LTr, 2002. v. 2. p. 141.

²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo, et al, op. cit., p. 144.

Conforme leciona o doutrinador José Afonso Dallegrave Neto, citando Américo Plá Rodriguez:

[...] o princípio da proteção subdivide-se em: a) regra *in dúbio pro operário* – atinente à prevalência, em caso de dúvida, da interpretação mais benéfica da norma trabalhista; b) regra da condição mais vantajosa – referindo-se à incorporação das benesses concedidas com habitualidade, e c) regra da norma mais favorável, que se refere à aplicação do direito trabalhista.²⁷

Todavia, convém lembrar que, mesmo sendo o sustentáculo das condições de trabalho fixadas pelas convenções coletivas e acordos coletivos, destaca-se que o legislador ao inspirar-se nesse princípio elaborou a norma para o operador do direito interpretá-lo, dispõe o professor Mascaro que o princípio da norma favorável ao trabalhador não é absoluto, admitindo exceções, uma vez que o direito do trabalho admite acordos e/ou convenções coletivas de redução de jornada de trabalho e dos salários, dentre outros temas, e acolhe princípios como o *jus variandi*.²⁸

Entretanto, não obstante as exceções admitidas, e em conformidade com os princípios constitucionais acima descritos, o objetivo do Direito do Trabalho deve ser sempre a proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação trabalhista.

Assim, a norma que mais beneficia o trabalhador deve preponderar, quando da dúvida na aplicação ou escolha de algum preceito obreiro em discussão na interpretação.

²⁷ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Inovações na Legislação Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000. p. 45.

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 306. O *jus variandi* decorre do poder diretivo do empregador e permite que este possa fazer, unilateralmente, pequenas modificações no contrato de trabalho como, por exemplo, alteração do local de prestação de serviços, horário de trabalho ou função exercida.

1.6.2 Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas

No Direito do Trabalho, o princípio tutelar ao trabalhador é resultado de normas de ordem pública, que prevalecem sobre a autonomia da vontade das partes que compõem o contrato de trabalho, podendo tais normas complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal.²⁹

O princípio da irrenunciabilidade refere-se à imperatividade das regras trabalhistas. Ele traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato.³⁰

Em outras palavras, o princípio tem a função de fortalecer a manutenção dos direitos dos obreiros, com a substituição da vontade do trabalhador pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação.³¹

O art. 9º da CLT não reconhece categoricamente o princípio da irrenunciabilidade, mas prescreve que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas. Outro dispositivo meritório é o 468 da CLT ao declarar que é nula a alteração das condições de trabalho sem o consentimento do empregado. São estes meios robustos em que os magistrados poderão utilizar para considerar inválidos determinados atos dos empregadores designados a restringir benefícios, direitos do trabalhador, mesmo que com a anuência deste.³²

²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo et al, op. cit., p. 144.

³⁰ GODINHO, Maurício Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 201.

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 305.

³² FORTES, Vitória Carvalho. Os princípios específicos do Direito do Trabalho. *Rede Jurídica*. Disponível em: http://www.redejuridica.com.br/artigos_view.jsp?id=531. Acesso em: 3 mar. 2006.

Contudo, como bem assevera Sérgio Pinto Martins, poderá o trabalhador renunciar seus direitos se diante do juiz de trabalho, pois aqui não se pode dizer que o empregado esteja sendo coagido a fazê-lo. Ainda na empresa, não se poderia falar em renúncia a direitos laborais, pois poderia dar ensejo a fraudes.³³

Uma das manifestações deste princípio é um outro, o da imodificabilidade *in pejus* do contrato de trabalho. Aqui o legislador salvaguarda tanto o trabalhador quanto toda a classe obreira e a própria estrutura jurídico-trabalhista.

Assim, ao trabalhador é imputado certo limite na manifestação de sua vontade, posto que, antes dele há o bem estar social a ser preservado, e a sociedade tem interesse em ver alcançado o direito tutelar.

Portanto, em conseqüência da imperatividade das normas trabalhistas, decorre o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, que se manifesta na impossibilidade do trabalhador dispor das vantagens e proteções que lhe asseguram a norma jurídica. Mister se faz a tutela ao obreiro para a manutenção de seus direitos, face à debilidade de sua posição perante o empregador.

1.6.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No que concerne à sua terminologia, *dignus* é adjetivo, na língua latina, ligado ao verbo *deceat* (é conveniente é apropriado) e ao substantivo *décor* (decoro, decência).³⁴

³³ MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 77.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. *Revista Cultura de Direitos Humanos*. ago. 2001, p. 61.

No âmbito dos conceitos, a doutrina constitucionalista brasileira produz diferentes definições da dignidade da pessoa humana. Fábio Konder Comparato define a dignidade como: “[...] um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem em sua essência, independente das qualificações específicas do sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social, ou qualquer outra”.³⁵

[...] o ser humano, o homem, seja qual for a sua origem, sem discriminação de raça, sexo, convicção política ou filosófica, tem direito a ser tratado pelos semelhantes como pessoa humana, fundando-se o atual Estado de Direito, em vários atributos, entre os quais se inclui a dignidade do homem, repellido assim qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem.³⁶

Já nos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, “o princípio da dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social.”³⁷

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto, oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.³⁸

Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é princípio consagrado e se tornou o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, que confere unidade de sentido, valor e concordância prática dos Direitos Fundamentais.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 73.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 139.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1. p. 425.

³⁸ FARIAS, Edílson P. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 47.

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é tão importante que está inserida em todas as lutas da sociedade, ainda que de forma implícita uma vez que quando se quer que a tortura acabe, luta-se pela dignidade humana; quando se pede que os deficientes sejam ouvidos, novamente, luta-se pela dignidade humana; quando se pleiteia pelos Direitos dos Povos, luta-se pela dignidade humana; quando se grita para que vigorem princípios de Justiça, no plano das relações econômicas internacionais, de modo que sejam superadas as estruturas escravizadoras dos povos da Terra, luta-se pela dignidade humana; quando se pretende que os condenados em geral sejam submetidos a condições mínimas de reinserção na sociedade, certamente, luta-se por dignidade humana.

1.6.4 Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade

O princípio da proporcionalidade encontra-se no contexto normativo onde estão introduzidos os direitos fundamentais, especialmente no que tange aos direitos da personalidade, e os mecanismos de sua proteção. É ele concretizado a partir do modelo do Estado de Direito, no qual a lei atua como instrumento de regulação, mas também de garantia, pois serve a lei como limite de sua atividade, tendo em vista especiais fins prefixados.³⁹

Este princípio desenvolve-se como um postulado constitucional autônomo e encontra sua fundamentação no devido processo legal (art. 5º LIV da CF). A cláusula do *due process of law* foi consagrada nas emendas 5ª e 14ª à Constituição dos Estados Unidos e é marcada por duas fases. A primeira foi de seu

³⁹ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 4 mar. 2006.

caráter estritamente processual que não permitia ao Judiciário a análise da justiça ou arbitrariedade do ato emanado pelo Poder Legislativo. A garantia era apenas quanto ao contraditório e a ampla defesa. Buscava-se a regularidade do processo penal, que posteriormente foi estendida para o processo civil. Na segunda fase, de cunho substantivo, oportunizou-se o exame do mérito dos atos do Poder Público. É por meio dele que se examinará a razoabilidade de uma norma.⁴⁰

No Brasil, a exigência da razoabilidade ou proporcionalidade nos atos do poder público pode derivar também do Princípio da Igualdade, bem como pode estar implicitamente positivado em virtude do disposto no art. 5º § 2º da Constituição.

A importância deste princípio é detectada quando da verificação da constitucionalidade de leis que intervenham na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo visando às finalidades previstas na Constituição e atuando autorizado por ela, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, se o fizer utilizando medidas coativas desnecessárias ou demais gravosas das que realmente seriam exigíveis para a sua efetividade.

O fato de o Judiciário ter a possibilidade de examinar a razoabilidade de uma lei constitui um importante e indispensável mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, porque proporciona um efetivo controle das leis e pode evitar possíveis excessos ou desvirtuamentos, quando da intervenção do legislador na órbita destes direitos.

⁴⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 76. Ainda, sobre o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade ver ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

Este princípio denuncia uma idéia de equilíbrio, de relação harmônica entre duas grandezas. Funciona como uma garantia especial, de modo que toda intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais seja necessária, adequada e na justa medida, tendo em vista a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.⁴¹

Deve-se ressaltar também, que os direitos e garantias possuem o atributo da relatividade, ou seja, a tutela de um direito encontra limites na tutela de outro direito igualmente fundamental, porém concorrente. Por isso a necessidade da utilização deste princípio como forma de harmonizá-los, inviabilizando qualquer invasão indevida do legislador às posições jurídicas asseguradas aos indivíduos pela Constituição.⁴²

A lesão deste princípio é uma das mais graves inconstitucionalidades e o juiz com fulcro nele pode corrigir eventual falha da lei e manter o equilíbrio entre as partes, de forma a acautelar o cidadão do arbítrio do legislador.

Os requisitos para sua aplicação podem ser verificados na: adequação, pois as medidas adotadas pelo Poder Público devem ser aptas a atingir os fins pretendidos; pela necessidade ou exigibilidade, pois, deve-se verificar se os meios são necessários para atingir os objetivos colimados, de modo que se existir um meio menos gravoso deve ser ele utilizado. Em outras palavras, entre vários meios igualmente eficazes, deve-se optar pelo que não limite ou limite de maneira menos sensível o direito fundamental; e na proporcionalidade em sentido estrito,

⁴¹ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 78.

⁴² ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 4 mar. 2006.

pois deve ter mais vantagem do que desvantagem para o cidadão. Pondera-se acerca do ônus a ser imposto e o benefício que será obtido.⁴³

Importante destacar que os direitos fundamentais possuem um caráter vinculante e é necessário que a legislação que os regulamente respeite o seu conteúdo essencial. No momento de se impor restrições a algum direito deve-se levar em conta a admissão constitucional de tal restrição, bem como sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade. De tal sorte, os meios escolhidos e a finalidade colimada pelo legislador devem ser legítimos, mas deve-se também verificar se os meios são adequados para a consecução dos fins visados, bem como se é necessária a sua utilização.⁴⁴

A proporcionalidade ou razoabilidade da medida deve resultar de uma ponderação entre o motivo da intervenção para se atingir o fim e os objetivos perseguidos pelo legislador.

Deste modo, é possível declarar-se a inconstitucionalidade de uma lei verificando-se seja ela dispensável (inexigível), inadequada (quando não for útil ao objetivo visado) e quando houver desproporcionalidade entre o fim perseguido e o ônus imposto ao atingido (ausência de razoabilidade em sentido estrito).

O juiz, com fulcro neste princípio, pode aferir a justiça das leis, porém isso não significa que está ele se arvorando na qualidade de legislador. Este princípio funciona como um *standard* para que se previna a produção de leis desnecessárias, casuísticas ou desarrazoadas. Seria como um mecanismo de freios

⁴³ ALMEIDA, Maria Christina de. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 137.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 137-138.

e contrapesos, sem dúvida, necessário, para evitar a inflação legislativa que hoje se verifica, o que retira a força normativa da Constituição.⁴⁵

O princípio da proporcionalidade funcionaria como um mecanismo para se verificar se houve a adequação das restrições à realização efetiva dos direitos em colisão.

As restrições devem se limitar ao necessário para que possam também ser resguardados outros direitos constitucionalmente protegidos, de modo que não haja um sacrifício desnecessário deles. A edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos fundamentais, muitas vezes é necessária para se prevenir conflitos resultantes de pretensões colidentes e para garantir a segurança jurídica nas relações sociais, todavia, deve-se respeitar os limites dados pelo princípio da proporcionalidade.⁴⁶

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação diz respeito à congruência entre meio-fim, ou seja, o meio escolhido deve contribuir para a obtenção do resultado desejado, sob pena de ser considerado inconstitucional. A necessidade ou exigibilidade refere-se à escolha entre os vários meios pelo menos gravoso e mais idôneo, capaz de atingir o mesmo, ou melhor, êxito. A proporcionalidade em sentido estrito indica se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim colimado, quer dizer, devem-se ponderar os valores em jogo.⁴⁷

⁴⁵ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 78.

⁴⁶ ALMEIDA, Maria Christina, op. cit., p. 138.

⁴⁷ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 4 mar. 2006.

Em suma, a adoção do princípio da proporcionalidade permite que se efetue um maior controle dos atos do Poder Público, fazendo com que o legislador se abstenha da ampla liberdade com que se conduzia no passado, fique adstrito ao comando da Constituição e que haja de sua parte a menor intervenção possível na esfera privada dos direitos fundamentais. É também um meio de proteger o cidadão contra eventuais excessos praticados pelo Estado, bem como defesa dos direitos e liberdades consagrados na Lei Magna. Todavia, deve-se utilizá-lo com cautela, de forma a que não se torne objeto de abusos ou arbítrio por parte do Judiciário no momento de fazer a ponderação necessária entre os interesses em conflito.

CAPITULO II – DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 Nota Introdutória

Os direitos da personalidade são as faculdades jurídicas cujo objeto é os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito. Bem assim, suas emanações e prolongamentos. São os direitos inerentes ao ser humano. A Constituição Federal consagra os direitos da personalidade no art. 1º, III, ao instituir que a dignidade humana constitui um dos Fundamentos da República, e, em seu art. 5º, quando relata qual são os direitos e deveres dos indivíduos.

O Capítulo II, do Código Civil trata dos Direitos da Personalidade, descrevendo em seus arts. 11 e 12, o seguinte:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos. Sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Como se observa estas prescrições do Código Civil, os direitos da personalidade podem ser caracterizados como sendo absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. São absolutos, por serem oponíveis *erga omnes*, por conterem em si, um dever geral de abstração. São extrapatrimoniais por serem insuscetíveis de aferição econômica, são impossíveis de reparação *in natura*. São intransmissíveis por não poderem ser transmitidos a outrem na esfera jurídica.

E mais, em regra eles são indisponíveis, deles não se pode dispor. São irrenunciáveis, visto que não poderão ultrapassar a esfera de seu titular. São impenhoráveis e imprescritíveis não se extinguindo nem pelo uso, nem pela inércia na pretensão de defendê-los, e são insuscetíveis de penhora. São necessários e inexpropriáveis, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizeres respeito à qualidade humana. Daí serem vitalícios, terminam em regra com o óbito de seu titular.

Assim são caracterizados os direitos de personalidade que, em regra, diferem dos chamados direitos do homem. Assim, existe uma diferença entre os direitos de personalidade e estes que são vistos como garantias constitucionais contra arbitrariedades do Estado e aqueles como os direitos fundamentais do homem nas relações com seus semelhantes, onde, uns contam com a tutela pública dos direitos constitucional e penal e outros com a tutela própria dos direitos privados no âmbito do Direito Civil.⁴⁸

2.2 Teoria Geral

A construção de uma teoria do direito geral da personalidade é recente, instigada, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Adriano de Cupis preleciona que embora o Código de Napoleão visasse consagrar os direitos do homem, sendo fruto da Revolução, não disciplinou expressamente sobre os direitos

⁴⁸ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. De acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 19.

da personalidade e, nele, muitos códigos civis se inspiraram, inclusive o brasileiro de 1916.⁴⁹

Esta teoria surgiu da necessidade de proteger o ser humano contra práticas e abusos atentatórios à sua dignidade. A problemática do direito da personalidade está calcada na ausência de sistematização, o que importa a necessidade de delinear o conteúdo e estabelecer limites, a fim de que haja respeito e proteção dos atributos da personalidade do indivíduo.

Durante muito tempo, os sistemas jurídicos só cuidavam dos direitos da personalidade do ponto de vista do Direito Público, causando uma insuficiência na tutela, pois muitos desses direitos, como certos aspectos do direito ao próprio corpo ou o direito à imagem, não eram tutelados devido à excessiva gravidade das normas de Direito Público.⁵⁰

Assim, desenvolve-se uma análise jurídica no sentido de definir os aspectos privados dos direitos da personalidade, bem como as conseqüentes sanções de natureza civil, quer no tocante à proibição de atos lesivos, quer no âmbito do ressarcimento dos danos causados, com fundamento na responsabilidade civil.

2.2.1 Conceito

A fim de satisfazer suas necessidades nas relações sociais, o homem adquire direito e assume obrigações, sendo, portanto, sujeito ativo e passivo

⁴⁹ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961. p. 21.

⁵⁰ Convém destacar que a “tutela pública é conferida em atenção ao corpo social como um todo e não a cada indivíduo em particular. Nisto reside a diferença entre tutela pública e tutela privada, entre direitos humanos e direitos privados de personalidade” (SILVA, Edson Ferreira da, op. cit., p. 21).

de relações jurídico-econômicas. O conjunto dessas situações jurídicas individuais, suscetíveis de apreciação econômica, designa-se *patrimônio*, que é a projeção econômica da personalidade. Porém, a par dos direitos patrimoniais a pessoa tem direitos da personalidade.

Nesse sentido, entende Edson Ferreira da Silva que: “Personalidade, em sentido jurídico, tem sido repetidamente concebida como aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações no mundo jurídico”.⁵¹

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa, não sendo um direito. Na realidade, ela é quem apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, sendo o primeiro bem da pessoa, pertencendo-lhe como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.⁵²

Assim, são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, partes separadas do corpo); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística, literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional, doméstico, imagem, identidade pessoal, social e familiar).⁵³

Toda pessoa leva consigo desde a sua origem e inseparavelmente alguns direitos e por isso são tidos como essenciais à pessoa, sendo estes os direitos da personalidade, que tem como pressuposto a existência da pessoa.

⁵¹ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. De acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 7.

⁵² CUPIS, Adriano de, op. cit., p. 21.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria geral do Direito Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p. 99 e 102.

*Se puede perder durante la vida la riqueza en que se ha nacido, o adquirirla si no se la tuvo al nacer: estos derechos son, por tanto, puramente eventuales. Pero no hay nadie que nazca o viva sin ser investido, por ello mismo, de ciertos derechos: tales son sus derechos esenciales, derechos que no faltan a ninguna persona.*⁵⁴

Oportuno se faz aqui, os comentários de Edson Ferreira da Silva, para que:

Nascendo com vida a pessoa se torna sujeito de direitos, já tendo a integrar o seu patrimônio pessoal todas as faculdades que concernem à individualidade de cada pessoa: direito à vida, à integridade física e psíquica, à dignidade de pessoa humana, o que pressupõe a preservação de valores fundamentais como a honra, a liberdade, o recato.⁵⁵

Analisando-se a doutrina, cumpre destacar que o professor Silvio Rodrigues entende direitos da personalidade como aqueles inerentes à pessoa e, portanto, a elas ligadas de maneira perpétua e permanente, não se podendo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, seu corpo, sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra, sendo observado de forma subjetiva.⁵⁶

Já Limongi França prefere dizer que “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.⁵⁷

Por seu turno, Caio Mario da Silva Pereira diz que:

[...] a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos, mercedores de amparo e proteção da ordem jurídica, admitindo a existência de um ideal de justiça, sobreposto à

⁵⁴ BARBERO, D. *Sistema Del Derecho Privado*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1967. v. 2. p. 3.

⁵⁵ SILVA, Edson Ferreira da, op. cit., p. 9.

⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 81.

⁵⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 1.025.

expressão caprichosa de um legislador eventual. Atinentes a própria natureza humana, ocupam posição supra-estatal, já encontrando nos sistemas jurídicos a objetividade que os ordena, como poder de ação, judicialmente exigíveis.⁵⁸

Entretanto, adotou-se como melhor conceito aquele que considera os direitos da personalidade como um direito subjetivo que tem como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual.

São dotados de uma especificidade, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo, sem eles outros direitos subjetivos perderiam todo o valor para o indivíduo, se os direitos da personalidade não existissem, a pessoa não existiria como tal.⁵⁹

Assim, a personalidade não é um direito, sendo errôneo dizer que o homem tem direito à personalidade, entretanto dela irradiam-se direitos que são os chamados direitos da personalidade.

2.2.2 Tutela Jurídica

Quanto à tutela jurídica, um dos grandes avanços conquistados pelo Código Civil de 2002 foi a inserção de um capítulo próprio que trata exclusivamente dos direitos decorrentes da personalidade. Contudo, percebe-se ainda certa timidez

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 152. Para J. M. Leoni Lopes de Oliveira, “direitos da personalidade ou personalíssimos são direitos subjetivos absolutos que possibilitam a atuação legal, isto é, uma faculdade ou um conjunto de faculdades, na defesa da própria pessoa, nos seus aspectos físico e espiritual, dentro do autorizado pelas normas e nos limites do exercício fundado na boa-fé” (OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil*. Teoria geral do Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. v. 2. p. 175).

⁵⁹ FUGIE, Érika Harumi. Articulação entre a colisão de direitos da personalidade e o princípio da proporcionalidade. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, n. 1, p. 86, 1999.

do legislador, visto que, apesar de tutelar a matéria, não a fez de forma completa, deixando ainda muitas lacunas a serem solucionadas pela jurisprudência e doutrina. Com isso, limitou a nova legislação em apenas codificar aquilo que já estava disposto em leis extravagantes, não trazendo nenhuma matéria nova, tais como assuntos ligados a bioética. De qualquer maneira, não se pode deixar de reconhecer a evolução legal do novo Código Civil frente ao Código Civil brasileiro de 1916.

Assim, o legislador incluiu os direitos da personalidade no Livro I, Título I da Parte Geral, reservando o Capítulo II, arts. 11 ao 21 para disciplinar tal matéria.

No art. 11, limitou o legislador tratar de apenas duas características dos direitos da personalidade, quais sejam, intransmissibilidade e irrenunciabilidade, devendo estas ser entendidas como exemplificativas e não taxativas.

No artigo seguinte, ao dispor que “pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, garantiu a reparação pecuniária em caso de lesão aos direitos da personalidade, apesar de se tratar de direitos extrapatrimoniais. Percebe-se que a tutela não é apenas suspensiva da lesão, mas também preventiva, cabendo atos que previnam o dano. Deixou o legislador abertura para outras sanções legais, contudo há ainda a necessidade de melhores instrumentos de repressão e, especialmente, inibição para atos atentatórios aos direitos da personalidade. O direito processual civil tem criado alguns instrumentos inibitórios, como trata o atual art. 461 do Código de Processo Civil, porém, o que se necessita é de uma melhor aplicabilidade dos institutos.

O parágrafo único do art. 12 concede a legitimidade para requerer a medida, caso o titular do direito esteja morto, ao cônjuge sobrevivente ou parente em linha reta ou colateral, podendo estes ser somente até o quarto grau.

Os arts. 13 e 14 tutelam a integridade física e a disposição ao próprio corpo, prevendo os casos de transplantes de órgãos (neste sentido, a redação do Código está em perfeita consonância com a lei especial dos transplantes – Lei nº 9.434/97).

O art. 13 veda, salvo por exigência médica, que haja a disposição do próprio corpo se ocasionar diminuição permanente da integridade física e, notem, apesar de não levar aos danos físicos irreparáveis, também não se permite a disposição que contrariar os bons costumes.

No art. 14, permite-se a disposição do corpo para depois da morte, seja para pesquisas ou mesmo transplante de órgãos, mas há a ressalva de que deverá sempre ser gratuita e, ainda, no parágrafo único, garante-se a possibilidade de revogação a qualquer tempo dessa decisão.

Também no art. 15 há a proteção ao corpo vivo, mas prevendo a garantia do direito a plena informação e liberdade, pois dispôs o legislador que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Do art. 16 ao art. 19 há a tutela ao nome, tendo em vista que este é a maneira de se exteriorizar a individualidade, possibilitando a identificação de uma pessoa na sociedade e no seio familiar.

O art. 20 tutela o direito à imagem e os direitos a ela conexos, como a honra, intimidade, identidade, entre outros. Por fim, no art. 21 faz-se referência ao direito à privacidade, sendo esta inviolável.

A proteção dos direitos da personalidade, devido a sua importância, faz jus a uma dupla sanção: pública e privada. A de natureza pública é a tradicional, resultante de uma primeira evolução da *actio injuriarum* do Direito Romano, aliada à definição dos direitos dos cidadãos contra o Estado. Daí as duas feições que apresenta: a constitucional (se verifica por meio de institutos como o *habeas corpus*, destinado à garantia da liberdade de ir e vir) e a penal (se exterioriza na definição de certos crimes como a injúria, a calúnia, a difamação, o ultraje ao culto etc).⁶⁰

O direito protege os vários modos de ser físicos ou morais da personalidade. A violação de alguns desses aspectos da personalidade é mesmo um *facto ilícito criminal*, que desencadeia uma punição estabelecida no Código Penal em correspondência com o respectivo tipo legal de crime (v.g., homicídio, ofensas corporais [...]). Nessas hipóteses, bem como naquelas em que, por não assumir o *facto* um especial relevo para a coletividade, a violação não corresponde a um ilícito criminal, existe um *facto ilícito civil*. Este *facto ilícito civil*, traduzido na violação de um direito de personalidade, desencadeia a responsabilidade civil do infrator (obrigação de indenizar os prejuízos causados), bem como certas providências não especificadas e adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida (v.g., apreensões, publicação de sentença em jornais, supressão de passagens de um livro etc.).⁶¹

A sanção privada até bem recentemente, na história do direito, vinha-se restringindo ao ressarcimento pela responsabilidade civil. Essa, porém, não é uma tutela de direitos da personalidade, sob seu aspecto privado, já que aquela se destina a recompor o patrimônio da vítima, visando única e exclusivamente a sua plena satisfatividade. Além disso, não se revelava suficiente para propiciar-lhe a

⁶⁰ FRANÇA, Rubens Limongi, op. cit., p. 1.030-1.031.

⁶¹ PINTO, C. A. da M. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 207.

devida garantia. Assim, a doutrina e a jurisprudência e, a própria legislação de alguns povos cultos evoluíram no sentido de reconhecer ações específicas, de natureza negatória e declaratória, destinadas a negar e a afirmar a existência dos direitos da personalidade. Falta no ordenamento jurídico pátrio um instituto específico, semelhante ao Mandado de Segurança, para a defesa imediata e pronta dos direitos da personalidade.

2.2.3 Escorço Histórico e Conteúdo

Em se tratando de seu conteúdo, a doutrina tem admitido, do ponto de vista da evolução histórica, a classificação dos direitos fundamentais (entre os quais se incluem os direitos da personalidade) em quatro gerações de direitos, veja-se cada uma delas.

A primeira geração dos direitos fundamentais seria a liberdade negativa, consagrada a partir da Declaração dos Direitos do Homem (1789), em que se colocariam limites à atividade do Estado quando importar esta em uma intromissão na vida dos indivíduos. Tem característica negativa por justamente impor obrigações de não fazer por parte do Estado em benefício da liberdade individual.⁶²

A segunda geração dos direitos reconhecida foi a dos denominados direitos sociais, direito ao trabalho, a uma habitação digna, à saúde, foram incorporados por intermédio do constitucionalismo social, em meados do século passado. Estes direitos estão relacionados com os anteriores por serem a base de sua efetivação, visto que para ser livre necessita-se ter um nível de vida digno e um mínimo de educação, do contrário não haverá a possibilidade de optar. Sua

⁶² LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 153.

característica é que traduzem obrigações de fazer ou de dar por parte do Estado, diferentes dos primeiros que pedem que o Estado se abstenha, estes requerem que intervenha. Estes direitos de segunda geração começam a transcender ao indivíduo no que concerne a titularidade, desencadeando um fenômeno que se consagrará em direitos de terceira geração. O legislador tem em vista grupos, tais como idosos, trabalhadores, jovens, crianças.⁶³

Os de terceira geração, qualidade de vida, são denominados novos direitos e surge como resposta ao problema da contaminação da liberdade, fenômeno que demonstra a degradação das liberdades devido aos avanços tecnológicos, ameaçando a qualidade de vida, meio ambiente, consumo, liberdade informática etc. Aqui se incluem os direitos que protegem bens como o patrimônio histórico e cultural da humanidade, o direito à autodeterminação, a defesa do patrimônio genético da espécie humana entre outros. Trata-se de direitos difusos, que interessam à comunidade como um todo, sem que exista uma titularidade individual determinada.⁶⁴

Finalmente, a quarta geração de direitos fundamentais é expressa como direito de ser diferente. A justificação fundamental dos direitos anteriores é a de que pertencem a todo indivíduo, constituindo um requisito para que ele seja considerado ser humano e social. Entretanto, outros direitos existem que surgem de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro. Trata-se de questões tais como o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, recusar tratamentos médicos visando abreviar a vida, entre outras. Se bem constituam derivações da liberdade, trata-se de aplicá-las a um campo em que, tradicionalmente reinou o público, o homogêneo, e que se considerou vital para o

⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luiz, op. cit., p. 153.

⁶⁴ Ibidem, p. 154.

funcionamento social. Estes direitos supõem um comportamento distinto aos dos demais indivíduos, por isso chamados de direito a ser diferente.⁶⁵

Não há consenso doutrinário a respeito da origem histórica dos direitos da personalidade. Para alguns, foi na Idade Média que o homem, cultuando a espiritualidade, por meio de uma busca interior, tomou consciência da personalidade e necessidade de sua tutela. Há quem situe a gênese de tais direitos na antiguidade com as *dike kakegorias*, na Grécia e a *actio injuriarum*, em Roma, sendo o mais correto afirmar que a sistematização e definição dos direitos da personalidade, como categoria própria e atributos comuns, decorrem de elaboração do Século XX, embora algumas de suas manifestações sejam encontradas em tempos remotos, com proteção limitada.

A evolução dos direitos da personalidade pode ser apresentada em quatro fases: a) a primeira, assinalada pela publicação, em 1604, do *Tractatus de Potestate in se Ipsum*, de Gómez de Amescua, que proclamava o princípio liberal de que “tudo é permitido ao homem, em relação a si mesmo, exceto o que está expressamente proibido pelo Direito”. Nesta fase, sustenta-se a figura de uma *potestas in se ipsum* ou *in corpus*, precursora da moderna teoria dos direitos da personalidade; b) a segunda fase é influenciada pela corrente do Direito natural, a partir do século XVII, que considerava possuir o homem certos direitos que lhe eram inatos, naturais e, portanto, não derivavam do Estado, mas antecediam a ele, por nascer com a própria personalidade do homem; c) a terceira fase tem como base as reivindicações políticas e os movimentos revolucionários, em que se estabeleceram os *direitos do homem*. Pode-se citar como exemplo desse movimento, o princípio estabelecido na Assembléia Constituinte francesa de 26 de agosto de 1879, ao

⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luiz, op. cit., p. 155.

afirmar que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”; d) finalmente, a quarta fase deve-se aos pandectistas e civilistas que, sustentaram essas mesmas idéias, mas sob o enfoque do direito privado, afirmando que existem direitos que se exercem sobre a própria pessoa ou suas qualidades, no que diz respeito ao seu aspecto físico ou espiritual.⁶⁶

Assim, pode-se notar que houve uma evolução histórica, quase sempre resguardada por um acontecimento de grande vulto para a humanidade, foram acontecimentos como grandes guerras, ou mesmo, em momentos de libertação de nações em relação aos seus colonizadores. Esses grandes acontecimentos, apesar de terem início na Antigüidade, passam a ter grande relevância com a Magna Carta de 1215, que foi considerada a primeira manifestação escrita dos direitos humanos fundamentais. Inicialmente, atingia a poucos, apenas uma determinada classe social, mas que lentamente expandiu-se a todo o povo inglês.

A Magna Carta outorgada pelo rei João Sem-Terra, em maio de 1215 e efetivada em 1225, é uma carta feudal destinada aos barões e aos homens livres que eram poucos. Ela trazia num dos seus artigos (39) que nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos, nem dos seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicado a sua posição de qualquer outra forma; tampouco proceder com força contra ele, nem mandar que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do País.⁶⁷ Como se vê, são direitos reservados somente aos homens livres, e somente com outros documentos é que os Direitos foram ampliados a todos os homens.

⁶⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. op. cit., p. 173-174.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 144.

Em 1698 ocorre a Declaração de Direitos, ainda na Inglaterra, buscou limites ao poder do governante e proteger direitos dos indivíduos e também a autonomia do Parlamento. Foi o primeiro documento a ter uma relação específica dos direitos fundamentais. Em 1627 houve a Lei do *Habeas Corpus* e em 1679 o direito de petição (Petição de Direito), ambas as leis relevantes na tutela dos direitos do homem.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 formalizou o rompimento das 13 Colônias com a Inglaterra. É uma declaração bem liberal, tendo influências de Locke, Rousseau e Montesquieu. Buscou um governo democrático e proteger a liberdade. Thomas Jefferson escreveu esta declaração e ele queria ser reconhecido por ela, julgando ser este o seu maior feito histórico, mais importante do que ter sido Presidente, criado a Universidade da Virgínia ou mesmo o fato de ter criado o Documento de liberdade religiosa.

Esta Declaração é tida como a mais importante deste período, pois traz em seu texto a preocupação com a “estrutura de um governo democrático”.⁶⁸ Virgínia é uma das colônias inglesas que almejavam a independência e formar uma Confederação Americana. A Essência da Declaração era:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus *pósteros* e que são: o gozo da vida e da liberdade com meios de adquirir e possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.⁶⁹

⁶⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 158.

⁶⁹ Ibidem, p. 158-159.

Logo, percebe-se que foram inspirados na “existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem”.⁷⁰ E, além dos supracitados, têm-se outros direitos, tais como:

[...] todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; as eleições dos representantes do povo devem ser livres; vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinárias; a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência, que demonstram em limitar o poder estatal, pois se preocupavam também com as situações que afligiam aquelas comunidades.⁷¹

Logo após, ocorre a Declaração Norte-Americana data de 17 de setembro de 1787, aprovada na Convenção de Filadélfia e que de início ela não trazia a declaração dos direitos fundamentais do homem, somente após dois anos entrou em vigor. Mas para isto acontecer foi necessário um acréscimo de dez artigos que garantissem os direitos fundamentais, desta forma arrola-se nesta oportunidade alguns dos direitos fundamentais estabelecidos naquela Convenção, a saber:

1) liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição (Emenda 1^a); 2) inviolabilidade da pessoa, da casa, de papéis e posses de objetos (Emenda 4^a); 3) garantia do direito de propriedade, de que não se poderá privar senão para uso público e com justa compensação (Emenda 5^a); 4) proibição da escravatura e servidão involuntária (Emenda 13^a); 5) garantia de igual proteção das leis, ou seja: igualdade perante a lei (Emenda 14^a e 27^a); 6) direito de voto às mulheres (Emenda 19^a).⁷²

Estes direitos tiveram a influência das idéias francesa que tem uma visão universal dos direitos do homem, pois a Declaração Francesa de 1789 é

⁷⁰ SILVA, José Afonso de, op. cit., p. 159.

⁷¹ Ibidem, p. 158.

⁷² Ibidem, p. 160.

universalizante e serviu de modelo para outras Declarações do seu tempo e deste, acompanhadas de suas devidas evoluções.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é tida boa fonte dos direitos da personalidade. Buscou o fim do absolutismo e protegeu a liberdade, igualdade e fraternidade. Foi importante pela universalidade (os americanos tutelaram o povo americano, os franceses toda a humanidade).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi adotada pelos franceses em 27 de agosto de 1789. Mirkine Guetzévitch, disse que a Declaração foi um empréstimo da técnica das declarações americanas, porém este pensamento não é correto, pois, a Declaração francesa é o reflexo do pensamento político do século XVIII, que objetivava a liberdade do homem que sofria com o regime feudal e regras ultrapassadas do absolutismo.

As Declarações são obras do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII⁷³ que teve a influência de teóricos e filósofos como Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Montesquieu. Esta Declaração é universalizante, e apresenta 3 características fundamentais: a) intelectualismo porque estava no plano das idéias, do intelecto, pois a “Declaração dos Direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que deveria anunciar a chegada de uma sociedade ideal”;⁷⁴ b) mundialismo, pois pretendia-se alcançar não somente as pessoas do país, mas alcançar o valor universal; c) individualismo, porque beneficiava somente as liberdades dos indivíduos e defendê-los do Estado. Esquecendo da liberdade de

⁷³ SILVA, José Afonso de. op. cit., p. 161.

⁷⁴ Ibidem, p. 162. Note-se que esta declaração “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos” (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 83).

reunião e de associação. Este é um documento que marca o Estado Liberal, e serviu de modelo para outras Declarações.

Quanto ao seu título, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dá-se a idéia de ser direitos distintos. Os Direitos do Homem apresenta um caráter pré-social, e sem a necessidade do homem ser integrante da vida política, e apresenta a liberdade, a propriedade e a segurança nos seus termos. Enquanto que o segundo remete a idéia do homem participante da vida política em todos os sentidos, ou seja, são os direitos civis.

Pode-se, então, concluir que a Declaração de 1789 proclama “a liberdade, a igualdade, a propriedade e a legalidade, e é de “estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito.”⁷⁵

Em 1918 acontece a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado que criou a União Soviética. Baseada em Marx, Lênin e Engels, preocupou-se com a igualdade, trabalho e remuneração. Esta declaração pautou os arts. 6º aos 12 da CF – valores sociais.

Nas declarações dos séculos XVIII e XIX estavam manifestas as preocupações do povo com os direitos de liberdades que marcaram o Estado Liberal, que estava oprimida apenas politicamente, por essa razão as “liberdades da burguesia se caracterizam como liberdades - resistência ou como meio de limitar o poder, que, então era absoluto.”⁷⁶

O desenvolvimento industrial e a formação da classe operária demonstravam a insuficiência daquelas garantias formais, chamadas liberdades

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 84.

⁷⁶ SILVA, José Afonso de, op. cit., p. 163.

formais⁷⁷ pois de nada adiantava leis e declarações para não serem cumpridas por todos.

Ao Indivíduo não era dado valor, pois “estabelecia-se igualdade abstrata entre os homens que marcam suas diferenças no plano social e vital”⁷⁸ e o Estado deveria simplesmente vigiá-lo.

A Declaração dos Direitos de 1789 foi importante na crítica socialista ao regime liberal–burguês e com ela outros documentos começaram a surgir. Tais como a Constituição Mexicana de 1917, que sistematiza os direitos sociais do homem; Constituição Alemã de Weimar, de 1919 que incluiu os direitos da pessoa individual, social, religiosa, os da educação e escola, e vida econômica.⁷⁹

E a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918, pelo Congresso Soviético trouxe uma nova concepção de sociedade e Estado, bem como novas idéias para tornar o homem livre da opressão. Forma, então, a República dos Soviéticos Obreiros, Soldados e Campesinos, fundada sobre o princípio da livre união de nações livres, propondo suprimir toda exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes, esmagar sem piedade todos os exploradores, realizar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países.⁸⁰

Esta declaração não teve o efeito universal esperado talvez isto explique o surgimento da Constituição Soviética de 10 de julho de 1918, e também a de 1936, esta por sua vez reformulou os direitos fundamentais do homem segundo a

⁷⁷ SILVA, José Afonso de, op. cit., p. 163.

⁷⁸ Ibidem, p. 163-164.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 84-85.

⁸⁰ FACHIN, Zulmar Antônio. *Direito Humano Fundamental de não ser Torturado: Os Avanços Normativos e as Dificuldades na sua Concretização*. Londrina, 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Universidade de Londrina, Londrina, p. 22.

concepção socialista soviética, que dentro do marxismo é plenamente justificada a superação daquela declaração por esta.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945 nasce a ONU (extingue-se a Liga das Nações). Traz dois valores básicos: liberdade e igualdade. A igualdade expressa direitos econômicos, sociais e culturais. A liberdade se expressa nos direitos civis e políticos.

Esta Declaração surgiu em meio a uma reunião de vinte e um países da América, que se reuniram em Chapultepec (México), em 1945, com o objetivo de que as Nações Unidas redigisse uma carta dos direitos do homem. Esta carta (datada de 26/6/45) veio cheia de idéias com respeito aos direitos fundamentais do homem, onde afirma a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos de homens e mulheres e das nações grandes e pequenas. Com base nesta carta criou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como uma Comissão dos Direitos do Homem.⁸¹

Porém, o mais importante foi saber como em uma mesma Declaração, “defender os direitos individuais tradicionais e, destacar a importância dos novos direitos sociais”.⁸²

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada em 10 de dezembro de 1948, e contém 30 artigos declaratórios dos direitos individuais, não esquecendo dos sociais e também dos deveres. Dalmo Dallari disse que “a Declaração da ONU tinha três objetivos: dar certeza aos direitos; dar segurança a estes direitos e tornar possível o exercício destes direitos”.⁸³

⁸¹ VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1997, p. 147.

⁸² *Ibidem*, p. 147-148.

⁸³ Apud SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 167.

Do art. 1º aos 21 encontram-se os direitos e garantias individuais; do art. 22 até o art. 28, os direitos sociais do homem e “o art. 29, declara os deveres da pessoa para com a comunidade, e o art. 30 estabelece o princípio de interpretação da Declaração sempre em benefícios dos direitos e liberdades nela proclamados”.⁸⁴ O Brasil aderiu a esse pacto em 24 de janeiro de 1992, com urgência em 24 de abril de 1992, devido ao regime autoritário que se vivia antes.

No ano de 1966 são assinados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado na ONU e ratificado pelo Brasil em 1982 que se preocupa com a liberdade e atende a interesses dos países liderados pelos EUA e, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Cultural, criado na mesma Assembléia do anterior visa proteger a igualdade e foi visto com simpatia pelos países da corrente da extinta União Soviética.⁸⁵

Assim, pode-se notar que determinados momentos históricos consagraram grandes evoluções, principalmente no que tange a direitos e garantias dos cidadãos, não podendo se esquecer, ainda, da Declaração de Teerã (1968) que simbolizou a efetivação de tudo o que estava nos documentos anteriores e representou um avanço sobre eles. Foi um balanço geral e preocupou-se com a efetivação, concretização destes direitos; e ainda, em 1993, a Declaração de Viena, que após o fim da União Soviética, derrocada dos sistemas socialistas, reunificação da Alemanha, fim dos regimes ditatoriais da América Latina e Central, inúmeros países surgiram e daí vem este documento. Foi feita uma visão global e integrada dos direitos fundamentais e diz que estes direitos somente serão efetivados e protegidos se houver liberdade e igualdade, por meio de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 168.

⁸⁵ Ibidem, p. 167.

2.2.4 Natureza Jurídica

A respeito da natureza jurídica dos direitos da personalidade, a doutrina, basicamente, divide-se em duas correntes: a) os que negam que esses direitos constituam verdadeiros direitos subjetivos; b) os que afirmam que os direitos da personalidade são direitos subjetivos.⁸⁶

Os que negam o caráter do direito subjetivo aos direitos da personalidade afirmam que o seu objeto incidiria sobre a própria pessoa, isto é, o sujeito de direito e, portanto, vislumbram nos direitos da personalidade mero reflexo do direito objetivo. Nesse sentido tem-se o posicionamento adotado pelos seguintes autores alemães: Andreas von Tuhr, Ludwig Enneccerus (que inclui os direitos da personalidade nos direitos patrimoniais) e Savigny, o qual entendia que, tendo os direitos da personalidade por objeto a própria pessoa, inadmissível seria vislumbrar-se aí um direito subjetivo, sob pena de reconhecer o direito da pessoa dispor de si mesma, inclusive da própria vida.

Por sua vez, Andreas von Thur afirma que enquanto os direitos subjetivos outorgam a seu titular um senhorio, um poder, como no caso do direito subjetivo de propriedade, ou monopolizam em seu favor uma atividade lícita (direitos do autor), nada disso se verifica no caso dos direitos da personalidade, sendo que o corpo e a vida se devem a natureza, bem como a liberdade, não se podendo falar

⁸⁶ CALONEGO, Fernanda Lopes. Direito privado e direitos fundamentais: A proteção do indivíduo frente ao novo Código Civil. *Revista Nobel Iuris*, Maringá, v. 2, n. 1, p. 163-181, 1º semestre 2004, p. 171. Da mesma forma a doutrina Argentina se manifesta, de forma que: “Em materia doctrinaria la cuestión es controvertida; existen dos posiciones: una que niega que los Derechos de la Personalidad sean Derechos Subjectivos, y otra que postula lo contrario” (CÓRDOBA, Jorge E.; TORRES, Julio C. Sánchez. *Derechos Personalísimos* (o de la personalidad o iura in persona ipsa). Córdoba/Argentina: Alceroni, 1996. p. 21).

em monopolização desses bens, na medida que pertencem igualmente a todo homem em relação à sua pessoa, não podendo ser renunciados ou transferidos.⁸⁷

Já aqueles que admitem a existência dos direitos da personalidade, qualificando-os como direitos subjetivos, dizem que “são direitos subjetivos absolutos, tutelados *erga omnes*” (Guido Alpa, doutrinador italiano). Na doutrina portuguesa, Ascensão defende que tais direitos se enquadram na categoria de direitos subjetivos, visto que se o direito subjetivo é a afetação de uma vantagem às finalidades de um sujeito, o direito da personalidade prossegue essa finalidade. Querem sejam direitos naturais, como o direito à vida, quer direitos positivamente condicionais, como o direito à imagem, é sempre uma posição de vantagem que é assegurada à pessoa.

O titular não pode, em regra, renunciar a essa vantagem, mas isso não é essencial, pois não é característica do direito subjetivo a disponibilidade. Afastam a teoria negativista, pois é diferente haver meras proibições genéricas de atos ofensivos da honra, da existência de um direito subjetivo à honra, que permite ao titular agir na sua defesa.⁸⁸

Assim, esta última teoria é a que melhor se enquadra e justifica como bem pontuou J. M. Leoni Lopes de Oliveira:

[...] o direito subjetivo é a possibilidade de atuação legal, isto é, uma faculdade ou um conjunto de faculdades vinculadas à decisão do seu titular, na defesa de seus interesses, dentro do autorizado pelas normas e nos limites do exercício fundado na boa-fé. O titular de um direito da personalidade (vida, honra, imagem, privacidade) pode exigir a atuação do ordenamento jurídico, isto é, tem a faculdade, vinculada à sua decisão de, na defesa de sua vida, honra,

⁸⁷ CALONEGO, Fernanda Lopes, p. 170.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 170-171.

privacidade etc., dentro do autorizado pelas normas, satisfazer os seus interesses.⁸⁹

Neste mesmo sentido Francisco Amaral assevera que:

Embora se reconheça nos direitos da personalidade certa imprecisão, o que torna difícil integrá-los nas categorias dogmáticamente estabelecidas, é de consenso considerá-los como um direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual.⁹⁰

Verificou-se, dessa forma, a natureza jurídica dos direitos de personalidade onde que parte da doutrina nega serem subjetivos e outra parte da doutrina os enquadra como direitos subjetivos aos indivíduos. Portanto, independentemente da questão da discussão doutrinária, os direitos de personalidade dedicam maior tutela em função de serem subjetivos e dedicados ao indivíduo, assim, o que se verá a seguir são a análise de suas características.

2.2.5 Características

Em relação às características dos direitos da personalidade, também existem divergências doutrinárias, entretanto, consagra-se na doutrina majoritária, basicamente, as seguintes: a) direitos inatos; b) vitalícios; c) absolutos; d) relativamente indisponíveis; e) extrapatrimoniais; f) intransmissíveis.⁹¹

⁸⁹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, op. cit., p. 175.

⁹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 239-240.

⁹¹ CALONEGO, Fernanda Lopes, op. cit., p. 171. Cumpre destacar que para Edson Ferreira da Silva, os direitos de personalidade “são divididos entre os de natureza física (direito à vida e à integridade física; direitos sobre as partes destacáveis do corpo e direito ao cadáver) e os de natureza moral, dentre os quais se situam o direito à intimidade, à liberdade, à honra, à inviolabilidade psíquica, à imagem, ao nome e direito moral de autor” (op. cit., p. 61). Igualmente vê-se que na Argentina os direitos de personalidade são tidos como: absolutos; inatos, inerentes e necessários; vitalícios;

Nesse contexto assevera Luiz Alberto David Araújo aponta como a doutrina se pronuncia a esse respeito, asseverando que:

Para Maria Helena Diniz: 'Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis'. Para Orlando Gomes, os direitos da personalidade apresentam características próprios, pois se constituem em categoria à parte das formas tradicionais do direito privado: 'Traços comuns indicam, porém, que constituem categoria à parte das formas tradicionais do direito privado, possível não sendo classificá-los entre os direitos pessoais, ou reais. Distingue-se, realmente, por certos caracteres que em todos se encontram'.⁹²

Quanto ao fato de serem inatos, o vocábulo significa aquilo que nasce com o indivíduo, congênito. Assim, afirma-se que os direitos da personalidade são inatos aos homens, pertencem à sua natureza. Isso porque existe desde que a pessoa existe, os direitos à vida, à honra, à liberdade não surgem posteriormente, derivados de alguma manifestação de vontade, como normalmente acontece com os demais direitos subjetivos. Mas, ao contrário, surgem com o aparecimento da personalidade (que se inicia para uns com o nascimento com vida e para outros – posição mais correta – desde a concepção). Além disso, consideram-se inatos porque o ordenamento jurídico os atribui a todas as pessoas, sem distinção, não podendo, qualquer que seja o ordenamento jurídico, admitir a sua supressão. Portanto, são direitos que preexistem ao próprio ordenamento jurídico, para uns, verdadeiros direitos naturais.⁹³

Contra esta concepção, os positivistas afirmam que nem todos os direitos da personalidade são inatos, como por exemplo, o direito moral do autor,

inalienáveis; extrapatrimoniais e autônomos (CÓRDOBA, Jorge E.; TORRES, Julio C. Sánchez, op. cit., p. 23).

⁹² ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (*e-mail*) e o poder diretivo do empregador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 10. n. 40, p. 96-121, jul./set. 2002. p. 97.

⁹³ CALONEGO, Fernanda Lopes, op. cit., p. 172.

que se acresce à existência da personalidade, e o direito ao nome, pois nascerá com a aposição do respectivo nome. Pontes de Miranda afirma que o direito a ter nome é um direito inato, sendo que o nascituro é identificado pelos informes sobre a mãe e o tempo da concepção, porém, o direito ao nome não é inato, nascendo com a aposição do nome.⁹⁴

Para estes, os direitos da personalidade somente podem assim ser admitidos se reconhecidos pelo Estado, posição esta, *data maxima venia*, que não pode ser aceita tendo em vista que os direitos em apreço não são apenas anteriores, mas também superiores ao próprio Estado, já que este não os pode suprimir ou mesmo mitigar.⁹⁵

Sobre o fato de serem vitalícios, o são por perdurarem toda a vida, protegidos durante a existência da pessoa e, até mesmo, depois da morte, como ocorre no caso de ofensa à pessoa falecida. São também direitos absolutos porque se opõem *erga omnes*, tal como ocorre com os direitos patrimoniais. Assim, quem causa, ainda que sem culpa, fato ofensivo à estes direitos responde pela ofensa.⁹⁶

Considerados direitos relativamente disponíveis, visto que a indisponibilidade não é absoluta, pois varia de acordo com o direito da personalidade em questão, por exemplo, quanto ao direito à imagem e ao recato, uma pessoa não pode ser fotografada despida e as fotos publicadas sem sua autorização. Mas nada impede que uma mulher celebre com uma revista um contrato de trabalho fotográfico, em que posará em trajes menores, permitindo a disponibilidade do direito à imagem e ao recato.

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 7. p. 10.

⁹⁵ CALONEGO, Fernanda Lopes, op. cit., p. 172.

⁹⁶ MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 5-6.

Outro exemplo é o de que nada impede que uma pessoa sirva de alvo para o atirador de facas em um circo, expondo a sua integridade física e sua vida. O mesmo se diga do lutador de boxe. Também as hipóteses de transplantes de órgãos, como o de rins entre vivos, em que ocorre a perda de um membro ou função. Tais fatos são aceitos pela sociedade. Assim, os limites da permissão da disponibilidade dos direitos da personalidade estarão nos princípios de ordem pública.⁹⁷

Os direitos da personalidade são, por excelência, direitos extrapatrimoniais e aí se indaga se nos casos de lesão a eles, caberia pedido de reparação pelos danos sofridos. Apesar de não se poder avaliar monetariamente tais direitos, são certo e pacífico na doutrina a admissão da reparação por danos extrapatrimoniais ou danos morais. Esta reparação não será por equivalência (como ocorre nos danos patrimoniais), mas sim compensatória, visando a atenuação do sofrimento da vítima. O valor da indenização estará ligado pura e simplesmente à satisfatividade da vítima. Uma parte da doutrina, entretanto, argumenta que deve ser, na realidade, uma indenização punitiva (com altos valores) para que se afastem novos atos lesivos, caso contrário não se estará tutelando tais direitos. Posicionamento, contudo, em desacordo com a mais moderna teoria da responsabilidade civil.⁹⁸

Por fim, a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, quer *inter vivos*, quer *mortis causa*. Assim, com a morte não se transmite a honra, a liberdade etc, mas o que pode ocorrer na hipótese de ofensa a pessoa já falecida é atribuir legitimidade aos parentes ou cônjuges para demandar a reparação pela

⁹⁷ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, op. cit., p. 182.

⁹⁸ CALONEGO, Fernanda Lopes, op. cit., p. 172-173.

ofensa à pessoa falecida, ressaltando que não seria a personalidade que subsistiria após a morte, mas sim a sua proteção.

2.3 Do Direito à Imagem

O direito à imagem está previsto na Constituição Federal e, mesmo antes da promulgação desta última, já vinha ele sendo reconhecido pela jurisprudência e doutrina jurídica. Não se nega, assim, que a imagem, enquanto direito personalíssimo, só pode ser divulgada mediante autorização.⁹⁹

Walter Moraes definiu imagem como “toda sorte de representação de uma pessoa”. Dessa forma, compreende-se imagem não apenas como o semblante da pessoa, mas também partes distintas de seu corpo.¹⁰⁰

Porém, é necessária uma maior ampliação e especificação da idéia de imagem, já que não engloba apenas o aspecto físico, mas também exteriorizações da personalidade do indivíduo em seu conceito social. Sendo, assim, é bastante propício escrever o conceito de Hermano Duval:

Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebês) no mundo exterior.¹⁰¹

Importante destacar que esse direito à imagem se divide, como se vê: direito de imagem-retrato, que diz não se pode, servindo-se da imagem de determinada pessoa, alterar seu contexto de forma a usá-la com outro cenário,

⁹⁹ O direito de imagem se refere à inviolabilidade da imagem das pessoas e é garantido pelo artigo 5, inciso X da Constituição Federal, e este direito pode ser individual ou coletivo.

¹⁰⁰ MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. São Paulo. Saraiva, 1977. p. 742.

¹⁰¹ DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva. 1988. p. 105.

garante está também partes do corpo, desde que identificáveis. Já o direito de imagem-atributo, protege as pessoas jurídicas, quer por meio da marca, quer do produto.¹⁰²

Independentemente disso, há limitações ao direito à imagem: a notoriedade da pessoa retratada, os interesses públicos e culturais, o direito à informação (este também objeto de tutela constitucional) e a presença do sujeito em cenário público. Nesses casos, a divulgação da imagem independe de qualquer consentimento do retratado.

Os Tribunais do país, já há algum tempo, vêm decidindo que a esfera de privacidade de uma pessoa de renome, com vida pública ou destaque social, é reduzida, em razão mesmo do interesse que sua intimidade desperta.

Por outro lado, alguns aspectos da vida particular de uma pessoa pública são de interesse social, pois, se comandam a Nação, por exemplo, obrigatoriamente devem ter uma conduta privada condizente. O exemplo clássico, nesse caso, é o justificado interesse que pode ter a população de determinado país sobre o consumo de drogas pelo chefe de Estado.¹⁰³

Outra hipótese refere-se às pessoas que aparecem em público. Ao se apresentar publicamente, qualquer pessoa está sujeita a ser filmada ou fotografada pela imprensa. Nesse aspecto, o entendimento dos tribunais é no

¹⁰² ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120. Observe-se a Ementa que aponta para indenização por danos à imagem em função da instalação de câmeras de vigilância. "Indenização por Dano Moral. Conforme inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o que assume maior relevância no âmbito da relação de emprego, onde o empregado é a parte hipossuficiente, que depende de sua própria força de trabalho para sobreviver. Comprovada a instalação de câmeras de vídeo dentro do banheiro, pouco importa se o dispositivo estava ou não filmando os usuários ou se a instalação decorreu de má-fé ou negligência da reclamada. Configurada a violação à intimidade dos empregados, enseja o pagamento de indenização que deve ser compatível com o dano causado. (TRT 3ª Reg. RO 01660-2003-044-03-00-7 - (Ac. 8ª T.) - Rel. Juiz Heriberto de Castro. DJMG 29.5.04, p. 19).

¹⁰³ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR Vidal Serrano, op. cit., p. 121.

sentido de que as pessoas que participam de eventos públicos renunciam à sua privacidade, não havendo que se falar em violação do direito à imagem. Isso porque a tutela constitucional relativa ao direito à imagem tem relação direta com o direito à intimidade.¹⁰⁴

O veículo de comunicação, portanto, que retratar uma pessoa em sua casa, sem o seu consentimento, poderá estar invadindo sua intimidade, prejudicando-lhe. Mas, se o sujeito estiver em local público, não há qualquer objeção. Impedir que a imprensa publique a fotografia de uma pessoa - qualquer pessoa, e não necessariamente notória - em razão de um interesse público ou cultural, é negar o próprio direito à comunicação e o exercício regular do direito de informar.¹⁰⁵

A iniciativa que pretenda coibir isso constitui desrespeito à Constituição e merece punição, tanto quanto qualquer outra violação de direito. Por óbvio que não se está falando de publicidade, quando a utilização da imagem de uma pessoa sempre depende de autorização.¹⁰⁶

Há casos em que a divulgação da imagem traz benefícios e, nessas hipóteses, com muito mais razão, não há que se falar de abuso de direito. Para atores e artistas, por exemplo, pode-se presumir que a divulgação de acontecimentos favorece a notoriedade, nada impedindo que fotografias sejam

¹⁰⁴ MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. São Paulo. Saraiva, 1977. p. 742.

¹⁰⁵ Jurisprudência relacionada à divulgação de imagem sem autorização: Ementa: Dano moral. Divulgação de foto na Internet. O reclamante autorizou a cessão de sua imagem para divulgação na Internet. Até mesmo recebeu numerário para esse fim. O fato de o reclamante trabalhar em local destinado a homossexuais não quer dizer que também o seja. Se trabalhava no local como *barman*, assumiu o risco de o confundirem com homossexual. A caracterização de a pessoa ser homossexual é revelada pelas suas atitudes, pelo modo de se portar e não em razão de trabalhar em certo lugar. Dessa forma, não se pode falar em dano moral, pois autorizou a divulgação de sua imagem na Internet, não existindo agressão à sua imagem, intimidade, honra e vida privada (TRT 2ª Reg. RO 02460200001602005 - (Ac. 3ª T. 20030671447) - Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins. DJSP 9.1.04, p. 273).

¹⁰⁶ MORAES, Walter, op. cit., p. 742-743.

publicadas, ilustrando material informativo, até porque a própria exposição da pessoa já revelaria um consentimento tácito, se necessária fosse tal autorização.

2.4 Do Direito à Intimidade e Vida Privada

Na Constituição está previsto direito de intimidade, privacidade, ora bem, possuem os dois quase o mesmo significado, constitui um único instituto, repetidos por meio de expressões diferentes, no texto constitucional. Entretanto, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pais e filho etc., que são peculiarizados exatamente pela interpersonalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada tirania da vida privada – que ganha importância o conceito de intimidade.¹⁰⁷

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5º refere-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, à necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas etc.).¹⁰⁸ Veja-se o destaque oferecido pelo inc. X, art. 5º da CF:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis

¹⁰⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR Vidal Serrano, op. cit., p. 116.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 47.

a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado direito à indenização pelo dano material, moral decorrente de sua violação.

Os conceitos constitucionais de *intimidade* e *vida privada* apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo.¹⁰⁹

Assim, *intimidade* relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto *vida privada* envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.¹¹⁰

No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. Dessa forma, concluí-se no sentido de que as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões.¹¹¹

Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior

¹⁰⁹ Para se entender melhor essa diferença, as relações de intimidade se comparam, no âmbito do espaço ao que está ligado diretamente ao corpo, daí a expressão “roupas íntimas”, já a esfera da privacidade fica um pouco mais afastada, mas no âmbito do relacionamento direto das pessoas.

¹¹⁰ CÓRDOBA, Jorge E.; TORRES, Julio C. Sánchez, op. cit., p. 56, entendem o direito à intimidade como: “inherente a la persona que garantiza el desenvolvimiento de la vida de su titular y su conducta dentro de um âmbito privado, sin ingerencias ni intromisiones no queridas”.

¹¹¹ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 47-48.

tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexos causal com a atividade profissional realizada.¹¹²

Com relação à privacidade e intimidade no âmbito empresarial, vê-se que a privacidade não se restringe a proteção fora da empresa, compreende também o ambiente de trabalho. A privacidade do trabalhador deve ser preservada de maneira integral, pois o desenvolvimento da personalidade humana, o exercício da liberdade de pensamento e expressão, do direito à crítica com relação às atividades da empresa depende, necessariamente, de uma ampla proteção da privacidade.

Todavia, há que se observar que nem sempre é fácil definir a privacidade em situações concretas. Há certa dosagem de subjetividade no conceito, pois algumas pessoas não se sentem invadidas na sua intimidade ao serem observadas e até gostam disso. O fenômeno da perda da privacidade, seja por meio da criação de instrumentos tecnológicos capazes de espionar com detalhes o comportamento dos indivíduos, seja pela superexposição voluntária das pessoas em busca de notoriedade e de identidade social, é uma característica típica da sociedade contemporânea.

¹¹² MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 48.

Os aspectos da vida privada variam conforme a categoria social do indivíduo, havendo aqueles que preservam e ampliam os fatos privados e outros que se expõem e alegram-se com a publicidade de suas vidas.

Outrossim, o que se questiona não é a liberdade que as pessoas têm de suprimir parcelas de privacidade, mas a sua invasão sem autorização, o monitoramento das mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelo trabalhador, a fiscalização e demissão por justa causa em razão do uso não-autorizado dos equipamentos da empresa para fins pessoais. Neste particular, a privacidade ganha importância e deve ser bem definida de acordo com as circunstâncias do caso concreto, isto é, com base no comportamento do indivíduo e a sua inserção na vida social.

Voltando-se à idéia da privacidade mais generalizada, pode-se dizer que privado é aquilo particular que não é dado ao conhecimento público, enquanto que íntimo é aquilo que faz parte da pessoa. Segundo René Ariel Dotti, citado por José Afonso da Silva,¹¹³ a intimidade se caracteriza como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais. Integrando a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Portanto, a intimidade denotaria o nível de espaço fechado da própria pessoa (convicções filosóficas e religiosas), enquanto que a privacidade diria respeito aos atos da vida pessoal não secreta, que devem ser subtraídos da curiosidade pública.¹¹⁴

¹¹³ DOTTI, René Ariel apud SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 210.

¹¹⁴ TEIXEIRA, Manuel Pinto; MENDES, Victor apud LISBOA, Roberto Senise. Inviolabilidade de Correspondência na Internet. *Revista Direito Eletrônico*. ano 1, n. 1, jul./ago. 2003, p. 471.

2.5 Da Inviolabilidade do Sigilo de Correspondência

A Constituição Federal de 1988 também assegura o sigilo de correspondência em seu art. 5º, inciso 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; [...].

O sigilo da correspondência, como se pode notar objetiva proteger o direito das pessoas de se comunicar livremente, sem que possa ser exposto à curiosidade pública ou de estranhos a intimidade das mensagens transmitidas.

Analisando a proteção constitucional ao sigilo de correspondência, José Afonso da Silva vislumbra-lhe dupla face: por um lado tal proteção aparece como manifestação do direito à intimidade, por outro, significa também uma garantia da liberdade de expressão:

O sigilo da correspondência alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é, outrossim, forma da liberdade de expressão do pensamento, como examinaremos a seu tempo. Mas, nele, é que se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Aí é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas na confiança de que se deu pura confiança.¹¹⁵

Decorre do princípio da inviolabilidade das comunicações pessoais o direito ao sigilo de correspondência, não importando se para o conhecimento ou para a divulgação. Nas duas hipóteses é inviolável. É, presumidamente, confidencial, de modo a ficar afastado o conhecimento alheio. Independentemente do conteúdo, o

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 205.

fato da violação importará na devassa da correspondência. A liberdade de expressão do pensamento fundamenta o direito ao sigilo das comunicações, por sua vez decorrente do direito à intimidade.

Por conseqüência, ninguém poderá, sem prévia autorização, ter conhecimento e muito menos divulgar, o conteúdo alheio da correspondência física, fac-similada ou telegráfica. Muito menos a eletrônica (*e-mail*), quer pela *internet*, *intranet* ou por ondas de rádio. É objeto de questionamento neste trabalho exatamente a possibilidade de intromissão do empregador no *e-mail* do empregado.¹¹⁶

Compreendido no sigilo de correspondência está o sigilo das comunicações, em que figuram a conversa direta e a conversa telefônica, igualmente protegida, assim como o recado alheio.¹¹⁷

¹¹⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 27.

¹¹⁷ Jurisprudência relativa à interceptação telefônica: "Dano Moral. Obreira que Operando Terminal Telefônico era Sabedora de que as Ligações ali Realizadas Estavam Sujeitas ao Monitoramento Externo por seu Superior Imediato. Comentários Feitos pelo Superior da Laborista no Ambiente de Trabalho Quanto a Fato da Vida Privada da Obreira da qual Aquele Superior tomou Conhecimento ao Exercer o Monitoramento Referido. O monitoramento externo das ligações realizadas pela obreira que era telefonista atuando no serviço de cobranças é procedimento que pode bem ser justificado como medida de aferição da eficiência dos serviços prestados e de proteção da empresa contra a eventual atuação imprópria dos que realizavam, em nome da empresa demandada, tarefa tão sensível quanto a cobrança extrajudicial. Estando a obreira previamente avisada de que tal monitoramento era realizado (ainda que de modo randômico), a escuta feita de modo algum pode ser reputada como clandestina. Logo, mesmo que a obreira não tenha sido expressamente proibida de utilizar o sistema telefônico para ligações de interesse pessoal, fazia-o sabedora de que os canais de comunicação utilizados por ela não eram fechados, mas sim abertos. Neste quadro fático, ainda que o superior imediato da obreira tenha tomado conhecimento, por tal monitoramento, de dificuldades financeiras atravessadas, e ainda que tenha comentado tal assunto junto a terceiros (ato reprovável, sob um prisma ético estrito), não se pode deste fato necessariamente extrair tenha a autora sofrido difamação ou graves abalos em sua reputação. II. Recurso Ordinário do Reclamado. Equiparação Salarial. Exegese a ser dada à Expressão "Tempo de Serviço" Contida no § 1º, do Art. 461, da CLT. A diferença de tempo de serviço a que se refere o art. 461, § 1º, da CLT é atinente ao tempo de serviço na função e não o tempo total laborado na empresa demandada. Isto porque a equiparação de salários é sempre aferida tendo em vista a função exercida pelos equiparandos. Recurso ordinário da reclamante conhecido e desprovido. Recurso ordinário do reclamado conhecido e desprovido. (TRT 10ª Reg. RO 01024-2003-006-10-00-0 - (Ac. 3ª T./2004) Rel. Juiz Paulo Henrique Blair. DJU3 16.4.04, p. 28).

A interceptação é o meio mais comum de violar o segredo das comunicações, ocorrendo quando terceiro se põe a escutar conversa ou a ler correspondência alheia. Qualquer pessoa tem o direito de impedir o conhecimento do conteúdo da correspondência pessoal e a revelação das idéias e pensamentos íntimos ou de aspectos de sua vida e de suas relações privadas, contidos em um desses meios de comunicação em geral, assim, abrange os direitos de oposição ao conhecimento e de oposição à divulgação.¹¹⁸

Terceiro só poderá ter conhecimento do conteúdo das cartas confidenciais com o consentimento do remetente e do destinatário e que, ao contrário da escuta clandestina, não constitui violação ao sigilo das comunicações telefônicas o fato de um dos interlocutores gravarem e fazer uso de seu diálogo com outrem, muito menos quando realizada por autoridade policial, mediante autorização judicial.¹¹⁹

Quando o Texto Constitucional fala em inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, deve-se entender que ao *e-mail*, enquanto forma de comunicação privada se estende.

Esta proteção constitucional abriga os direitos de personalidade, pelo que se entendem ser, regra geral, invioláveis, da mesma forma como a doutrina Argentina para quem as atividades desenvolvidas pelo indivíduo e seus aspectos relacionados (como a utilização do correio eletrônico, por exemplo) não podem ser maculadas.¹²⁰

¹¹⁸ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 27-28.

¹¹⁹ Ibidem, p. 28.

¹²⁰ GALDÓS, Jorge M. Correo electrónico y responsabilidad. Algunas aproximaciones. Derecho y nuevas tecnologías In: PALAZZI, Pablo A. Derechos personalísimos. *Derecho y Nuevas Tecnologías*,

Sobre o caráter de ser ou não o *e-mail* uma correspondência fechada, além dos argumentos já dispostos acerca da existência ou não de uma senha para acessá-lo, o que poderia torná-lo um documento privado, ou se é uma correspondência aberta, ou ainda com senha de conhecimento de algumas pessoas, empregador e chefes, entende-se que, havendo pessoalidade e exclusividade nessa eventual senha, trata-se de cunho privado, caso contrário não.

Em suma, o sigilo de correspondência advém da obrigação de se respeitar o segredo que se encontra implícito em toda a relação entre o emissor e o destinatário da mensagem escrita, quanto mais se o conteúdo da comunicação é de natureza confidencial. A inviolabilidade de correspondência, destarte, assegura aos emissores ou remetentes que a sua mensagem será recebida pelo destinatário sem adulteração e de forma exclusiva, sob pena de o ofensor ser responsabilizado por violar: os pensamentos, os sentimentos e as vontades secretas que o emissor da mensagem comunicou ao destinatário.¹²¹

Buenos Aires, ano 3, n. 4-5, p. 601-675. Entende Galdós que: “el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin nu consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello. Sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (op. cit., p. 660-661).

¹²¹ LISBOA, Roberto Senise, op. cit., p. 473.

CAPITULO III – MONITORAMENTO DE *E-MAILS* E SITES PELO EMPREGADOR E A INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO

3.1 Nota Introdutória

Dentre as obrigações do contrato de trabalho, relação de emprego, a maior delas é a do empregado prestar serviços e não violar o art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, incumbindo ao empregador pagar os salários e não violar o art. 483 da referida legislação.

O trabalhador coloca a disposição do empregador a sua força de trabalho, devendo agir com lealdade, respeito e obediência as ordens daquele, observando-se a garantia de seus direitos, e ao empregador cumpre dirigir essa força de trabalho e direcioná-la a produção dos fins empresariais.

Para exercer a direção da relação de emprego, o empregador detém o poder diretivo, que é uma faculdade de agir em razão de ter um direito, uma razão calcada na lei e ainda motivo legítimo para exercê-lo, ou seja, é o poder de deliberar, agir, mandar e punir o empregado. Define-se o poder disciplinar do empregador como: “o direito do empregador de impor sanções disciplinares aos seus empregados.”¹²² Assim registrada a ocorrência de uma infração à lei ou ao contrato, bem individualizada a autoria do fato, esta pode levar a demissão do empregado por justa causa.

Sem prejuízo da legislação específica do trabalho, que resguarda todos os direitos do trabalhador, a Constituição Federal, resguarda os direitos do homem, assegurando os direitos fundamentais do cidadão no Capítulo dos Direitos

¹²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 182.

Individuais e Coletivos. Trata-se de princípios fundamentais de garantia suprema que se dividem em: Vida, Liberdade, Igualdade, Prosperidade e Segurança, com seus inúmeros desdobramentos.¹²³

Os direitos individuais representam um conjunto de limitações do Estado em face das pessoas que com ele se relacionam. Na Constituição Federal os princípios fundamentais têm a mesma força vinculante do que os demais artigos constitucionais. O exercício regular de um direito e, sobretudo quando este direito é uma garantia constitucional não pode representar uma ofensa a direito de outrem.

Analisado pelo ângulo de que o direito cessa onde o abuso começa e não se pode fazer uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser a um só tempo, conforme ao direito e contrário ao direito.¹²⁴

Assim, poder-se-ia entender que o empregador ao punir seu empregado, exercendo um direito, o de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal), não poderia estar ofendendo o direito do empregado, intimidade, privacidade e violação de correspondência, mesmo garantida pela Constituição Federal, eis que exercido com infração de um outro direito.

3.2 Do Rastreamento ao Acesso na Internet e de *E-Mails*

O *e-mail* ou correio eletrônico, invento de Ray Tomilson de 1971, é um mecanismo de transmissão de conteúdo à distância, mediante o qual se envia e recebe mensagens entre dois computadores por meio da rede, um equivalente

¹²³ MOTTA, Silvio; DOUGLAS, William. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Impetrus, 2003. p. 178.

¹²⁴ ALMEIDA, Cleber Lúcio. *Abuso do Direito no Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 15.

eletrônico do correio convencional com papel pelo qual as pessoas podem enviar mensagens a um receptor, ou a vários receptores simultaneamente.¹²⁵

O *e-mail* populariza-se cada vez mais como forma rápida e eficaz de comunicação nas empresas que não podem prescindir de novas tecnologias sob pena de perderem espaço no mundo globalizado.

A internet começou a se popularizar em 1992 com o surgimento nos EUA dos primeiros provedores de acesso, tendo sido introduzida no Brasil a partir de 1995. Quase que simultaneamente, as pessoas passaram a ter acesso à rede mundial em seus locais de trabalho, inclusive por meio de *e-mails*.¹²⁶

As questões jurídicas em torno do uso dessas ferramentas envolvem os limites de acesso à internet, utilização das informações e o comércio na rede e, no campo do trabalho, o surgimento de novas possibilidades para o trabalho em domicílio e o uso do correio eletrônico pelos empregados.

Tratando-se o acesso à internet e a comunicação por *e-mail* de informação que pode, em tese, ser monitorada e controlada pelo empregador, coloca-se a controvérsia sobre os limites desse controle e se a comunicação do empregado via correio eletrônico é válida como meio de prova.¹²⁷

Em evento ocorrido na cidade de São Paulo em 1 de outubro de 2002, promovido pela *Revista Info* e pela *Pricewaterhouse Coopers*, “Privacidade nas grandes empresas – cenário de alto risco”, foram apresentados os resultados do

¹²⁵ BACELAR, Margareth de Freitas. *O Direito do Trabalho na era Virtual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 36.

¹²⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 46.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 49-50.

primeiro e mais completos estudos sobre a privacidade nas empresas brasileiras, realizada pela *INFO* e pela *PwC*.¹²⁸

Essa pesquisa mostrou que as empresas que já monitoram a navegação de seus funcionários na *Web* são a maioria: 51,4%, contra 23,4% que estão a meio caminho disso, desenvolvendo normas, e os 25,2% que declararam não monitorar os hábitos de internet de seus empregados. *Sexo*, rádios *online* e *chat* são os assuntos mais barrados pela *firewalls*. Com relação aos *e-mails*, no entanto, apenas 30,9% ficam de olho nas mensagens, contra 41,1% que não monitoram e 28% que ainda desenvolvem normas para realizar a tarefa. Neste evento todos os participantes concordaram, que as políticas das empresas têm que ser muito bem definidas e principalmente, devidamente comunicadas aos seus empregados. A regra é a transparência e a empresa tem que ter a expressa autorização do empregado.¹²⁹

Do exposto podem-se fazer alguns questionamentos e observar algumas situações: O empregado quando em serviço atua em nome da empresa e por conta dessas, ou seja, é preposto o que equivale a dizer que tudo aquilo que ele fizer em nome da empresa e ou utilizando os equipamentos e materiais da empresa no horário de trabalho, gerará efeitos e conseqüências de responsabilidade dessas, pois a legislação em vigor determina que as empresas possam responder pelos atos de seus empregados.

Pode-se dizer que o *e-mail* ou correio eletrônico nada mais é do que uma correspondência em nome da empresa, equivalendo a um documento escrito em papel timbrado, pois vai com a chancela da empresa, compondo o conjunto de equipamentos e materiais colocados a disposição do empregado para a execução de suas tarefas. Se a empresa ao fornecer um automóvel para o trabalho pode impor seu uso somente para o serviço da empresa, se ela pode restringir o uso do telefone

¹²⁸ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 50.

¹²⁹ BACELAR, Margareth de Freitas, op. cit., p. 47.

e dos demais equipamentos, tem-se que admitir que pode fazê-lo sobre o tráfego na rede ou de seus *e-mails*.

Diante desse raciocínio seria fácil identificar se haveria e até onde iria a invasão de privacidade no caso de o empregador manejar o correio eletrônico e os *e-mails* de seus empregados, o que ocorre é que em função dos direitos da personalidade e dos princípios constitucionais que os tutela, poderia haver um choque entre direitos, ou mesmo entre princípios, e este é o centro nevrálgico desse estudo, diante do que se poderá observar a seguir a análise das possibilidades e especialmente quais os procedimentos que deverão ser observados.

3.2.1 Possibilidade e a Colisão de Direitos

Para se iniciar o processo de ponderação dos direitos, ou seja, de um lado, o direito à intimidade e à privacidade e, de outro, a possibilidade de o empregador ter acesso aos *e-mails* do empregado. Entende-se, primeiramente, por colisão de direitos a co-existência de direitos dentro do mesmo sistema. Sobre a questão, ensina Canotilho:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamental quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico conflito de direitos.¹³⁰

O STF em decisão, em que envolve questão conhecida da mídia de alegado estupro no cárcere, assim decidiu:

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986. p. 485.

O Tribunal, por maioria, conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que autorizara a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos correlacionados com a origem da gravidez da mesma, que teve início quando a extraditanda já se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, em que estariam envolvidos servidores responsáveis por sua custódia.¹³¹

No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferia a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade, quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda que o exame de DNA aconteça sem invasão de sua integridade física da extraditanda ou de seu filho.¹³²

No caso em comento, quais os valores que estariam em cotejo nesse momento. O empregado tem direito, inegavelmente, à sua privacidade e intimidade. O empregador, de outro lado, é responsável pelos atos de seu empregado, especialmente se agiu com negligência, imprudência ou imperícia. O dever de dirigir e fiscalizar o empregado é elemento essencial do vínculo

¹³¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (*e-mail*) e o poder diretivo do empregador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 10. n. 40, p. 96-121, jul./set. 2002. p. 116.

¹³² Boletim Informativo do STF, n. 257.

empregatício e mesmo um direito do empregador, além de que o empregado está utilizando ferramenta de trabalho que não lhe pertence.

A relação acima deve ser acrescida pelo fato de que a empregadora tem um domínio próprio, identificador de sua marca e de sua personalidade. A utilização do *e-mail* da empresa, com o seu domínio, tornam a empresa passível de responsabilização pelos atos provocados pelo seu funcionário, em caso, por exemplo, de envio de *e-mails* pornográficos a terceiros? Evidente que sim. A resposta positiva está ancorada na Súmula 341 do STF.¹³³

Se um empregado utiliza o *e-mail* da empresa, com o domínio próprio, para divulgar mensagens pornográficas, ofensivas ou mesmo atentatório à ordem pública, provocando pânico ou ainda mensagem racista, por exemplo, tal comportamento vinculará a empregadora, que será responsável pelo fato. E o fundamento da responsabilidade da empresa está justamente na ausência de fiscalização de tal empregado. A culpa *in vigilando* ou *in eligendo* estará caracterizada, determinando a responsabilização da empregadora.¹³⁴

Diante de tal fato, não fica difícil imaginar que o sistema, por meio da Súmula 341 do STF¹³⁵ e do próprio Código Civil, onde determina que a empregadora, sob pena de ser responsável, aja no sentido de fiscalizar seus empregados.

Essa fiscalização, no entanto, pode ser a ponto de violar a correspondência eletrônica do empregado? Primeiramente, deve-se anotar que o *e-mail* fornecido ao empregado era para desempenho de suas atividades, ou seja,

¹³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica..., op. cit., p. 116.

¹³⁴ Ibidem, p. 117.

¹³⁵ STF Súmula nº 341. "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

para que pudesse desenvolver seu trabalho. O computador é equipamento da empresa e seus *softwares* também é propriedade da empresa-empregadora. Dessa forma, está claro que o ambiente não é adequado para que o empregado veicule ou receba qualquer tema voltado à sua intimidade e privacidade. O *e-mail* da empresa não é o local para receber e tampouco enviar segredos, quer sejam eles voltados à privacidade, quer à intimidade do empregado.¹³⁶

O ambiente de trabalho deve ser cercado de sobriedade e profissionalismo. Isso não significa que o empregado não possa ter o seu próprio *e-mail* e se corresponder pessoalmente. Essa condição não se confunde com o *e-mail* utilizado pela empresa para suas atividades, o que fará com que ela esteja envolvida em todas as manifestações produzidas pelo empregado. O *e-mail*, com o nome do domínio da empresa, estabelece limite claro do ambiente de trabalho. Há sinal claro de que se está diante de um instrumento de trabalho.

Há de se entender a situação. Não se está discutindo o *e-mail* do empregado, que serve para suas comunicações diárias com seus familiares, amigos e relações amorosas. Busca-se cuidar de um *e-mail* que leva o nome da empresa em seu domínio e, portanto, passível de responsabilização nos termos da jurisprudência já sumulada.¹³⁷

Entende-se, desta forma, que o *e-mail* com domínio da empresa escapa da proteção constitucional do direito à intimidade e à privacidade, constituindo instrumento de trabalho e, portanto, passível de controle pela empresa.

¹³⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica..., op. cit., p. 117.

¹³⁷ LISBOA, Roberto Senise, op. cit., p. 473.

Não é correspondência, no sentido constitucional previsto no art. 5º, XII¹³⁸, porque não traz (e não poderia, por ser instrumento de trabalho) veiculação de cunho pessoal do empregado. O *e-mail* é utilizado para o trabalho, em equipamento da empregadora, com *software* da empregadora, portanto, o empregado tem notícia de que está em ambiente alheio ao segredo pessoal. Está em ambiente de trabalho e deve se comportar para evitar qualquer tipo de segredo profissional, quer recebendo, quer enviando.¹³⁹

O escopo do *e-mail* fornecido pela empresa e com o seu domínio não é espaço para segredos pessoais. Portanto, não se pode falar em correspondência com a proteção constitucional.

Situação distinta seria a empresa abrir carta pessoal dirigida ao empregado. Inegavelmente, se estaria mesmo dirigida ao endereço comercial - diante de uma violação da privacidade. No entanto, o *e-mail* é instrumento de trabalho.

A doutrina tem entendido que o *e-mail* é instrumento de trabalho e, portanto, fora do alcance da proteção constitucional da privacidade. Nesse sentido, o trabalho de Sandra Lia Simon. A autora, após contextualizar o direito ao sigilo, analisa especificamente, em sua dissertação de Mestrado, a situação do *e-mail* do empregado. Afirma:

No ambiente de trabalho, entretanto, a questão toma outro rumo. 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

¹³⁸ Art. 5º, XII da CF. "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".

¹³⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica..., op. cit., p. 117.

as mensagens eletrônicas recebidas e enviadas pelos trabalhadores, pois é terceiro interessado.¹⁴⁰

Não discorda de tal posição Sérgio Ricardo Marques Gonçalves.

A doutrina norte-americana, consolidada pela jurisprudência daquele país, já firmou entendimento de que o *e-mail* pertence à empresa e, portanto, não está incluído na proteção da privacidade. Portanto, não há dúvida de que o *e-mail* do empregado, utilizado em computador da empresa, com domínio da empresa pode ser controlado pelo empregador. Uma palavra em homenagem à ponderação de bens constitucionais e ao princípio da lealdade entre as partes.¹⁴¹

Estando-se diante de uma hipótese de colisão de direitos, ou seja, de um lado o direito à inviolabilidade das correspondências e, de outro, a necessária tutela da empresa, cabe ao intérprete procurar minimizar o direito que cederá em parte para se ajustar ao bom sentido do Texto Constitucional.

As relações sociais e, especialmente, as relações entre empregador e empregado devem ser regidas pelo princípio da lealdade entre as partes. E, não se deve esquecer, a garantia da intimidade e privacidade são bens constitucionalmente protegidos. Desta forma, pode-se afirmar que a atitude da empresa, de controlar os *e-mails* de seus empregados, deve estar firmada no princípio da lealdade. Para tanto, o empregado não pode ser surpreendido pela fiscalização da empresa quando, em nenhum momento do contrato de trabalho, tal regra estava clara.¹⁴²

Se de um lado, a empresa tem direito à fiscalização de suas propriedades e, sem dúvida, o computador e o seu conteúdo fazem parte desses

¹⁴⁰ Apud ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica..., op. cit., p. 118. Nesse sentido ver: PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3486>>. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁴¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica..., op. cit., p. 119.

¹⁴² *Ibidem*, p. 119-120.

bens, o empregado tem direito à privacidade e à intimidade. A empresa deve deixar claro que a fiscalização é a regra.¹⁴³ O empregado que nunca foi fiscalizado e que não foi avisado do comportamento da empresa pode afirmar que tal regra não estava prevista e tampouco era clara.

Dessa maneira, entende-se essencial que o empregado seja avisado de forma clara e inequívoca sobre o poder de fiscalização da empresa de seu correio eletrônico assim como deve ficar inequivocamente demonstrado que o *e-mail* da empresa deve ser utilizado apenas para questões profissionais, sendo vedado qualquer tipo de veiculação estranha aos fins da empresa e dos objetivos da empregadora.

Melhor seria se desde a contratação, já constasse cláusula expressa de tal conteúdo. E, por cautela, deveriam constar os motivos que poderiam ensejar falta grave, tais como, veicular material pornográfico, utilizarem o *e-mail* para assédio sexual, piadas etc. O regramento claro traduzirá a postura inequívoca e firme da empresa no sentido de fiscalizar, deixando a relação explícita e sem qualquer dúvida para as partes.

Pode-se, para facilitar o trabalho, transcrever, de forma livre, as observações de William S. Hubbartt sobre política de privacidade e utilização de *e-mail*:

a) o *e-mail* é uma forma oficial de comunicação da empresa. Todos os terminais de computadores, *modems*, *linhas* telefônicas e sistemas de *software* são propriedade da empresa. O uso da propriedade da empresa é permitido aos empregados e devem atender aos regulamentos para seu uso; b) o sistema de *e-mail* é apenas para o uso profissional da empresa. Assuntos pessoais e outros assuntos não profissionais não são permitidos. Qualquer assunto que não seja

¹⁴³ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

o profissional específico do seu cargo não será permitido na correspondência eletrônica; c) mensagens ofensivas, com conteúdo sexual ou com conteúdo racial são proibidas; d) empregados são responsáveis por usar sua senha de acesso em seus *e-mails* e caixas postais. Empregados não devem acessar *e-mails* ou caixas postais de outros empregados; e) o uso de senha de acesso à caixa postal, fornecida pela empresa, não configura que as comunicações são privadas. A empresa acessará a caixa postal e verificará o conteúdo das mensagens; f) informações profissionais confidenciais não devem ser veiculadas por *e-mail*; g) empregados devem observar as práticas de comunicação dos *e-mails* da mesma forma que observam as regras de comunicação comercial da empresa.¹⁴⁴

Uma outra sugestão poderia ser as seguintes advertências:

O sistema de *e-mail* é propriedade da empresa empregadora e forma oficial de sua comunicação profissional. É importante usar uma linguagem adequada em todas as mensagens de *e-mail*. Por favor, não considere o *e-mail* uma forma privada de comunicação e não use o *e-mail* para comunicação confidencial.¹⁴⁵

Para assegurar que o sistema está operando de forma adequada, a companhia pode de tempos em tempos, monitorar o acesso às mensagens de *e-mail*. Empregados devem não acessar e não ler as comunicações de outros empregados.

Portanto, a bem da lealdade, é importante que o empregado conheça claramente as regras que vão disciplinar o policiamento do correio eletrônico, para que se evitem futuros e eventuais problemas.

O princípio da lealdade deve estar presente nas relações trabalhistas. Os avisos acima podem colaborar para tornar a relação clara, assim como as finalidades do correio eletrônico.

¹⁴⁴ Apud ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica..., op. cit., p. 119-120.

¹⁴⁵ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

Ao se fazer a ponderação dos bens constitucionais, tratar-se-á de reduzir o desgaste na aplicação dos fatores de aplicação constitucional. Se o poder do empregador deve prevalecer, admite-se que a clara sinalização, por parte da empresa, deve estar presente, para que as regras fiquem claras. O aviso, que deve constar do contrato de trabalho ou do regulamento da empresa deve ser objeto de advertências periódicas, deve refletir a lealdade da situação, de forma que torne claro que o *e-mail* é um instrumento de trabalho, submetido a regras claras da empresa e que o seu conteúdo será sistematicamente analisado pela empregadora.¹⁴⁶

Desta forma, o balanceamento dos bens fica pendendo para o poder diretivo do empregador. No entanto, a empresa deve deixar claro que o *e-mail* é de utilização do empregado apenas para as tarefas profissionais, advertindo-o, desde logo, de que não poderá ser utilizado em quaisquer outras situações.

Normalmente quando ocorre ingerência do empregador, ou seja, quando este extrapola os limites sobre o empregado no que tange ao poder diretivo, e falando-se em monitoramento das comunicações via Internet, surge um conflito de normas ou até mesmo de princípios.

Para Maria Helena Diniz o conflito entre duas normas, dois princípios, ou entre uma norma e um princípio geral do direito denomina-se antinomia, nascendo daí a necessidade de superação da colisão entre dispositivos ou princípios.¹⁴⁷

¹⁴⁶ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 176.

Ocorrendo choque entre princípios constitucionais e infraconstitucionais, prevalecem aqueles, hierarquicamente superiores.

Assim, estabelece o art. 335, do Código Civil português, *in verbis*:

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.

Ocorre que essa hierarquia é inadmissível quando os princípios comparados são ambos constitucionais, eis que formam, juntamente com as normas jurídicas constitucionais, um sistema destinado a dar unidade à ordem jurídica, disciplinando as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado.

A antinomia é real, quando os recursos aos critérios hierárquicos, cronológico e da especialidade não forem suficientes para a remoção do conflito. Haverá então lacuna, a ser suprida por equidade ou por norma derogatória de uma das normas conflitantes.¹⁴⁸

A antinomia é aparente, quando o recurso a outras regras e princípios jurídicos basta para a resolução do conflito.¹⁴⁹

Apreciada a questão sob o ângulo do direito protegido ou bem jurídico tutelado, antinomia jurídica ou colisão de direitos significa o choque entre dois direitos ou entre um direito e um bem jurídico, a ser resolvido, no caso do conflito aparente, pelos critérios da interpretação sistemática, em detrimento da interpretação isolada e da concordância prática, objetivando a concretização máxima por meio da harmonização.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 8.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 8-9.

No caso de conflito real, aponta Bobbio três critérios para solucioná-lo: o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade.¹⁵⁰

Todavia, na hipótese de colisão de princípios constitucionais, não há antinomia e sim dimensões distintas de concretização, sendo assim inaplicáveis tais critérios. Outros devem ser buscados para solucionar o problema, surgindo assim os critérios:

a) do juízo de ponderação ou valores jurídicos fundamentais, concretizável por meio da aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que com atenuação de uma delas. É aplicável a regra da máxima observância e da mínima restrição, de forma a alcançarse, pelo meio menos lesivo, o menor sacrifício dos direitos envolvidos, com obtenção da máxima observância (*Bundesgerichtshof*); b) da dimensão de peso e importância, consistente no peso relativo dos interesses envolvidos, o que importa num balanceamento de valores ou interesses, conforme os graus de concretização das normas segundo os condicionalismos fáticos e jurídicos. Há de se perquirir, no caso concreto, qual valor deve ser preservado.¹⁵¹

O juízo de ponderação deve fulcrar-se em três princípios:

1) da unidade da Constituição, consistente na interpretação sistemática das normas e princípios; 2) da concordância prática, obtida por meio de harmonização que permita o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes, na busca da máxima concretização dos direitos envolvidos; 3) da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), objetivando, por meio de balanceamento e estabelecimento de limites, a prevalência de um direito sobre o outro, quando absolutamente necessário para a resolução do conflito.¹⁵²

Os critérios apresentados têm por finalidade permitir a realização do Direito, afastando as contradições e permitindo a valorização de bens jurídicos em conflito, diante de circunstâncias que justifiquem o procedimento.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto apud DINIZ, Maria Helena. *Conflito...*, op. cit., p. 9.

¹⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Conflito...*, op. cit., p. 16.

¹⁵² *Ibidem*, p. 16-17.

Utilizados os critérios de resolução de colisão de direitos, conclui-se que o direito à propriedade do empregador, do qual resulta o poder diretivo e o direito à intimidade do empregado têm por limite a dignidade do empregado. Mas ambos precisam, diante das características próprias e especiais das relações de trabalho, ser exercidos conforme as necessidades do serviço, o que justifica a harmonização ou a prevalência diante da máxima operacionalidade conforme as circunstâncias.

Quanto ao princípio da inviolabilidade da correspondência e da vida privada do empregado, realmente há autores que consideram o *e-mail* uma correspondência, encontrando no fundamento ao sigilo da correspondência o sigilo do *e-mail*. Fragale lembra que é a posição defendida por Lippman e que julgados dos Tribunais, têm adotado. E acrescenta que, se entendida como correspondência (embora eletrônica), numa interpretação restritiva não poderia ser interceptada sequer por ordem judicial, pois a mesma se limitaria às comunicações telefônicas, *ex vi* do art. 5º, XII da Constituição Federal.¹⁵³

Nesse sentido cabe destacar acórdão n. 20000387414, de 3.8.2000, proferido pelo TRT da 2ª Região, 6ª Turma, no RO em RS01 n. 20000347340/00, DOSP de 8.8.2000, em que figuraram como Recorrente Augusto Cezar Silva Novaes, como Recorrida a Unimed do Estado de São Paulo e como Relator o Juiz Fernando Antonio Sampaio da Silva. Decidiu-se que o poder diretivo do empregador, ainda que exercido para a fiscalização do serviço, cede ao direito do obreiro à intimidade, posto que o *e-mail* é correio eletrônico, pertencendo o endereço eletrônico ao empregado, e que assim não pode ser vasculhado.¹⁵⁴

¹⁵³ Apud BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 68.

¹⁵⁴ Disponível em: <http://www.trt02.gov.br/>. Acesso em: 22 jan. 2006.

Não obstante tratar-se de propriedade privada, Fragale observa ser possível o uso do computador pelo empregado fora dos horários de trabalho, para fins particulares (por exemplo, em seu horário de almoço). Aliás, o próprio Tribunal Regional de São Paulo, na mesma decisão supracitada, deixou claro que um único *e-mail*, enviado em horário de café ou próximo dele, para fins particulares, não caracteriza justa causa.¹⁵⁵

Por outro lado, cabe observar que os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente decidiram reformar uma decisão que obrigava o HSBC-Seguros a pagar as verbas rescisórias por dispensa de um empregado que havia utilizado o *e-mail* da empresa para fins ilícitos, visto que a dispensa teve como base a utilização de provas obtidas por meio de violação de correspondência eletrônica sem prévio consentimento do empregado.¹⁵⁶

Esta decisão vem em sentido contrário por possibilitar que o empregador vasculhe o correio eletrônico de seu empregado sem prévio consentimento, mas há que se perceber que alguns aspectos devem estar presentes para esta configuração como, ser *e-mail* corporativo, conhecimento por parte do empregado das restrições de seu conteúdo, ser instrumento de trabalho. Desta forma, observem-se comentários do Ministro João Oreste Delazen quando da decisão, especialmente relacionado ao Agravo de Instrumento intentado pelo reclamante:

A insurgência do Agravante não merece prosperar. No caso, o próprio Reclamante, nas razões do recurso de revista, reconhece que o e-mail corporativo foi disponibilizado pela Reclamada para ser utilizado "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço". (fl.

¹⁵⁵ Apud BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 69.

¹⁵⁶ A imprensa, principalmente escrita, tem dado ênfase à possibilidade da justa causa pela utilização indevida dos *e-mails* corporativos (EDITORIAL. E-mails maldosos podem dar demissão. O Estado do Paraná, Curitiba. 4 jul. 2005, p. 2).

636). Fixada tal premissa, e a exemplo do que já se delineia, como visto, no Direito Comparado, não diviso razoável expectativa de privacidade do empregado na utilização de "e-mail" corporativo fornecido pela Empresa. Em meu entender, o e-mail corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o Empregador confia ao Empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais. Penso, por conseguinte, que se o e-mail corporativo pertence à Reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o Empregador monitorar a atividade do Empregado, no horário de trabalho. Bem se compreende que assim seja porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do Empregador exclusivamente para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, sem a proteção do sigilo pessoal de correspondência. Não colhe o argumento do Reclamante de que a Empresa Agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do e-mail corporativo, ao providenciar para o ora Agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico. Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao e-mail corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do Empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens. Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas. Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de e-mail corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, no caso, o empregado não tinha razoável expectativa de privacidade, o que se extrai da declaração de que o e-mail corporativo destinava-se "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço" (fl. 636). Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art.5º, LVI), por isso que, sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa,meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional. O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível. Nego provimento ao agravo de instrumento do Reclamante.¹⁵⁷

Como se pode notar, não se pode dizer que seja de "caráter absoluto" os direitos tanto do empregador como do empregado, pois se destaca a

¹⁵⁷ Para o acesso ao inteiro teor do Acórdão, verificar anexos.

ocorrência de um “choque de direitos” que suscita a utilização do Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade. Nesse sentido salienta Fragale que:

[...] se o problema diz respeito exatamente ao uso do computador para fins particulares, o exercício do controle patronal então estabelece uma lógica, na medida em que, para a separação das mensagens privadas das profissionais, teria que se ter prévio acesso ao conteúdo das mesmas, o que dificulta uma delimitação precisa de até aonde iria o poder do empregador, de "adentrar" a vida privada do empregado. O mesmo vale para o acesso às páginas da Internet por meio do computador profissional - pelo controle de acessos, das páginas visitadas, das compras efetuadas pode-se controlar a materialidade do trabalho e por vezes mesmo a própria pessoa do empregado.¹⁵⁸

Portanto, entende-se ser difícil distinguir a verificação "própria do mundo do trabalho", daquela violadora da intimidade do empregado, questão cuja complexidade pode ser ampliada a partir da análise dos tipos, do caráter que esta vigilância pode assumir. Portanto, ao contrário da vedação ao monitoramento e da possibilidade de total controle um critério intermediário que deva ser definido um padrão razoável de vigilância a ser exercida pelo empregador.

Diferenciando duas espécies de vigilância, a realizada com fins disciplinares (para verificar se o empregado cumpre as normas da empresa e a própria lei) e a realizada com intuito avaliativo (aferição da performance do empregado), faz notar que dizem respeito, tão-somente, à natureza e extensão da vigilância, não sendo capazes, per si, de estabelecer o limite de razoabilidade.

Para o estabelecimento do limite de razoabilidade da vigilância patronal sobre a utilização do correio eletrônico e *internet*, sustenta Fragale que

¹⁵⁸ Apud BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 69.

deverão estar conjugadas com a “existência de um regulamento empresarial” e com a “prévia notificação do empregado”.¹⁵⁹

Buscando a contextualização do problema, fornece como exemplo uma reclamação trabalhista em que o empregado reivindique pagamento de horas extras, retrucando o empregador que neste horário ele, na verdade, ficava “surfando na Internet”.

Apesar de entender que não seria possível especificar a regulamentação do uso de terminais de computador, estabelece três situações possíveis:

[...] proibição pura e simples de uso; proibição parcial de uso, condicionada a certas restrições e condições; ausência explícita de limitações de uso. Novamente quanto à prévia notificação do empregado para ciência da vigilância, estabelece três situações: empregado após ser informado, consente com a vigilância (mas não necessariamente concorda com ela); é apenas informado sobre a mesma; não é informado.¹⁶⁰

Não obstante considere que o aviso prévio dado ao empregado sobre a vigilância seja essencial para se estabelecer uma definição de razoabilidade desta vigilância, entende que não é suficiente para estabelecer os padrões respectivos. Continua a existir o problema da oposição entre privacidade e poder de comando.

Buscando critérios para a solução do problema, apresenta como bases o respeito à dignidade do trabalhador (vigilância não vexatória) e a adequação entre o procedimento de vigilância e o seu propósito. Essa adequação ajudaria a definir o que seria razoável em termos de vigilância. Por exemplo, se a finalidade da

¹⁵⁹ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 69.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 70.

vigilância for avaliar a *performance* do empregado, não pode ser utilizada posteriormente com fins disciplinares, e vice-versa. Assim, por exemplo, circuito de TV instalado para fins de formação profissional ou treinamento dos empregados. Não pode ser utilizado para justificar a aplicação de penalidades disciplinares ou mesmo dispensa de empregados, o que revelaria um desvio de finalidade.¹⁶¹

Defende Fragale a idéia de que tal vinculação estaria relacionada ao princípio constitucional do devido processo legal (CF art. 5º, LV, da CF), que no âmbito da relação de trabalho funcionaria similarmente como "filtro" da atuação do empregador, especialmente em se tratando da interferência na intimidade do empregador que possa ferir sua dignidade. Assim, o empregado deve ter prévia noção do que lhe é permitido realizar, sendo necessário, além da notificação prévia, que estejam explicitados quais os objetivos da vigilância que lhe está sendo impingida.¹⁶²

Nesta altura, torna-se então possível sistematizar os posicionamentos a respeito da matéria e os respectivos fundamentos, ou seja: a) o de quem entende que, com fundamento na propriedade privada, o empregador pode verificar à vontade os *e-mails* dos empregados; b) o de quem acredita que, baseado no direito à intimidade e na vedação decorrente da inviolabilidade das comunicações, o empregador não pode verificar os *e-mails* dos empregados; c) o de quem acredita que, resolvendo a colisão entre a propriedade privada e a intimidade por meio do respeito à dignidade do trabalhador: c.1) é possível monitorar o trabalho eletrônico do empregado para a verificação se não está havendo utilização para fins estranhos ao serviço, desde que o empregador dê prévia ciência ao empregado; c.2)

¹⁶¹ Nesse sentido ver PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁶² Apud BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 71.

é possível estabelecer um padrão razoável de vigilância, de maneira a permitir-se a utilização do correio eletrônico nos intervalos do serviço e considerar vedada a utilização em serviço somente se houver prévia comunicação ao empregado da vigilância.¹⁶³

3.2.2 Regulamentação

Como em uma empresa todas as caixas postais eletrônicas estão centralizadas no servidor de correio institucional, que também registra o acesso à *internet*, é plenamente viável a leitura, pelo empregador, das mensagens depositadas na caixa postal do empregado, bem como o controle dos acessos feitos pelo trabalhador à grande rede.

Logo, em decorrência da possibilidade física de rastreamento do uso da rede de comunicação utilizada pelo trabalhador para acessar a *internet* e a correspondência eletrônica em máquina do empregador, inúmeros problemas jurídicos podem ser levantados, entre eles, se o empregador pode ter razões que justifiquem o procedimento e se é lícito ou juridicamente viável efetuar esse controle.

Sustentam os agentes detentores do poder diretivo que assim como podem controlar o uso do telefone e da copiadora, sendo seu o equipamento podem, igualmente, controlar as mensagens e os acessos à *internet*.

A empresa General Motors do Brasil dispensou onze empregados e advertiu outros oitenta em razão do envio de mensagens eletrônicas com conteúdo pornográfico. Esclareceu a montadora que a empresa dispensou os empregados por uso indevido da *internet* e do correio eletrônico, embora sem justa causa, e que o

¹⁶³ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 71-72.

uso pessoal da *internet* e do correio eletrônico de forma limitada é facultado aos empregados, desde que com razoabilidade e sem interferência nas responsabilidades e produtividade do trabalho.¹⁶⁴

O simples fato da detenção da propriedade do equipamento tecnológico e a possibilidade do uso indevido da rede de comunicação conferem ao empregador o direito de rastrear a chamada correspondência eletrônica e o acesso às páginas visitadas pelo empregado?

Segundo as empresas, uma das razões que levam ao rastreamento das navegações e *e-mails* diz respeito à associação do mau uso ao bom nome e à boa imagem da empresa.¹⁶⁵

Nesse sentido Alexandre Belmonte observa que determinada multinacional do ramo alimentício está respondendo a processo em virtude de um funcionário ter enviado *e-mail* contendo piada de cunho racista para um grupo de destinatários, do qual fazia parte uma pessoa negra que, sentindo-se discriminada e ofendida, resolveu processar a empresa. Acrescenta que uma simples piada de funcionário pode associar a imagem da empresa a crimes que vão da difamação e calúnia até o estelionato.¹⁶⁶

Pergunta-se: o risco mencionado justifica o monitoramento? E ainda, têm validade os chamados *Legal Disclaimers* ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remete ao funcionário e não à empresa a responsabilidade pelo envio do *e-mail*?

¹⁶⁴ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 77.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 4 mar. 2006.

¹⁶⁶ Apud BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 79.

A cláusula de invasão de privacidade é aquela pela qual o empregado, ao ser admitido, assina uma declaração na qual se manifesta ciente, e de acordo, que seus telefonemas e sua correspondência em papel ou por meio eletrônico possam ser devassados pela empresa.

Existem áreas em que o emprego da cláusula da invasão de privacidade é lícito, porque justificável diante de certos serviços ou atividades, até mesmo para a proteção do trabalhador, como ocorre com mesa de valores de banco e *telemarketing*. Observa-se que neste as tarefas dos empregados só podem ser controladas pelo monitoramento das chamadas telefônicas, isso sem declinar as hipóteses em que seria justificável, ou seja, que pode haver a previsão em convenção coletiva.¹⁶⁷

No entanto, entende-se que como regra geral a cláusula da invasão de privacidade não pode ser tolerada, em face aos direitos de personalidade e da proteção à intimidade das comunicações. Guardadas as devidas proporções, constituiria situação similar à revista de empregados, que via de regra é considerada lícita, especialmente se prevista em convenção coletiva. Mas a caracterização da situação como vexatória ou constrangedora torna-a ilícita, gerando o direito à reparação. Portanto, a obtenção de assinatura no ato da admissão poderia configurar elemento de coação, dada à situação corriqueira da vulnerabilidade econômica do candidato, que precisa sujeitar-se a tais condições para estar empregado.

Observa-se ainda, que não se pretende que o computador situado na mesa de trabalho deva ser local de tratar de assuntos particulares, ou alheios ao

¹⁶⁷ COIMBRA, Márcio Chalegre. A inviolabilidade dos *e-mails*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1787>>. Acesso em: 5 mar. 2006.

serviço. Mas, face ao sigilo, o empregado freqüentemente exerce o seu direito à privacidade no correio eletrônico, contando desde uma inocente piada, até uma destruidora crítica ao chefe, ou à própria empresa, julgando-se amparados pela intimidade.¹⁶⁸

A importância da questão é tamanha, que a demissão dos funcionários da GM, mencionada no item antecedente, levou o movimento sindical a incluir o assunto, uso da *internet* e do correio eletrônico nas negociações trabalhistas que serão doravante realizadas.¹⁶⁹

São indagações também importantes: O empregado tem o direito de abrir em horário de serviço correspondência endereçada ao empregado, informando sobre a atividade sindical e de utilizar o correio eletrônico corporativo ou o pessoal em horário de serviço, para comunicação com o sindicato da categoria?

Outrossim, tem o representante dos empregados o direito de, utilizando o correio eletrônico, convocar reuniões e informar aos demais empregados sobre problemas de interesse comum aos empregados?

As respostas às indagações acima precisam enfrentar outras questões: primeiro, a identificação dos princípios colidentes entre os interesses do empregador e o comportamento do empregado no uso do computador; depois, o estudo dos direitos da personalidade, para a identificação do direito a ser protegido na utilização do correio eletrônico e, finalmente, os limites do poder diretivo quanto

¹⁶⁸ COIMBRA, Márcio Chalegre. A inviolabilidade dos *e-mails*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1787>>. Acesso em: 5 mar. 2006.

¹⁶⁹ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 82.

aos meios de controle da atuação eletrônica do empregado no uso do *e-mail* e acessos à *internet*.¹⁷⁰

Importante destacar que toda e qualquer forma de vigilância deve ter a ciência clara do empregado, e mais, salienta Leda Maria Messias da Silva que: “O rastreamento de e-mail, coloca em confronto o direito de personalidade e à intimidade do empregado e o poder de controle do empregador [...]”, e mais, “o controle sobre o uso dos equipamentos não deve ser tão rigoroso a ponto de criar um ambiente hostil e desagradável dentro da empresa”.¹⁷¹

Como se pode vislumbrar, no direito brasileiro, não se tem consolidação legal tratando do tema, e mais, juristas, empresários e empregados possuem visões diversas sobre o assunto, dificultando ainda mais soluções pacíficas. Daí a importância da análise e busca de informações e exemplos no direito comparado.

3.2.3 Análise no Direito Comparado

Tratando-se, especificamente, de regulamentações sobre monitoramento de *e-mails* no Direito Comparado, constata-se que nos Estados Unidos, uma pesquisa realizada pela *Society of Financial Service*, em 1999, apontou que 44% dos funcionários entrevistados declararam que o monitoramento no local de trabalho representa uma séria violação ética. A referida pesquisa de opinião também revelou que somente 39% dos patrões entrevistados reconheceram que o

¹⁷⁰ VIVIAN, Daniela. Não é assim como parece: a questão do monitoramento do acesso à internet e do e-mail no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 732, 7 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6981>>. Acesso em: 5 mar. 2006.

¹⁷¹ SILVA, Leda Maria Messias da In: Rastrear e-mails é permitido. Sem abusos. *Revista ACIM – Legislação*. Maringá, ano 42, nº 448, set. 2005, p. 28.

monitoramento dos *e-mails* é seriamente antiético. Pesquisa similar feita pela *American Management Association* revelou que aproximadamente 67% das companhias dos Estados Unidos monitoram eletronicamente seus funcionários de alguma forma.¹⁷²

Em virtude dos atos terroristas praticados em setembro de 2001, o Congresso Americano discutiu, em caráter de urgência, o projeto de lei denominado *Mobilization Against Terrorism Act*, que, dentre outras medidas, amplia o poder das autoridades americanas quanto à fiscalização e a vigilância sobre as informações que trafegarem pela Internet ou por qualquer outro meio de comunicação, sobre a justificativa do combate ao terrorismo e a manutenção da segurança nacional.¹⁷³

Na Inglaterra, uma lei aprovada pelo parlamento inglês, que autoriza o monitoramento de *e-mails* e telefonemas por empregadores, a partir de 24 de outubro de 2000, gerou muita polêmica. Para os grupos de defesa de privacidade, a lei conhecida como RIP (*Regulation of Investigatory Powers*) estaria violando diretamente a lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act*). Outros países, como a Holanda, Rússia e África do Sul, também discutem o direito de se monitorar *e-mail*.¹⁷⁴

Nos Estados Unidos, a Constituição não contém disposição expressa que proteja este direito. No entanto, a partir da IV e V emendas, estes direitos têm sido desenvolvidos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Uma das normas mais importantes quanto à proteção da correspondência na Internet é a ECPA (Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas), segundo a sigla em inglês, que protege todas as formas de comunicação eletrônica, incluindo a

¹⁷² ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos *e-mails* no ambiente de trabalho. *Última Instância Revista Jurídica*. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=18505. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁷³ Ibidem, acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁷⁴ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

comunicação telefônica de voz e as comunicações digitais de computador como o correio eletrônico e das mensagens armazenadas em boletins eletrônicos.¹⁷⁵

Na França no caso *Tareg Al Baho, Ministere Public/Francoise V, Merc F et Hans H* o Tribunal Correccional de Paris condenou os demandados (Diretores da Escola Superior de Física e Química Industrial de Paris) por violação do segredo de correspondência do demandante, porque suspeitaram que o mesmo estava sendo usado para fins pessoais, pois que a Justiça Francesa entende que as contas de correio eletrônico estão amparadas pelo segredo de correspondência.¹⁷⁶

Na Bélgica o Tribunal do Trabalho de Bruxelas proferiu sentença em 2 de maio de 2000, baseado no art. 8º do Convênio Europeu de Direito Humanos, entendendo que o envio de correio eletrônico pessoal enviado da empresa pertence a vida privada do trabalhador, considerando que o mero atestado do número de correios, seu tamanho e seu caráter privado, são dados suficientes para proceder a sanção sem necessidade de intervir no conteúdo do mesmo.¹⁷⁷

Na Holanda a lei de proteção de dados pessoais de 2001, permite o monitoramento das atividades eletrônicas dos trabalhadores desde que haja a participação do sindicato ou representante dos trabalhadores para acompanhar ou elaborar o sistema de controle. Assim mesmo obriga a empresa a fazer públicas suas metas de controle aos trabalhadores.¹⁷⁸

No Japão em agosto do ano de 2000 entrou em vigência a lei de interceptação das comunicações, pela qual permite o acesso dos correios

¹⁷⁵ ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos *e-mails* no ambiente de trabalho. *Última Instância Revista Jurídica*. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=18505. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁷⁶ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. A interceptação do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁷⁷ *Ibidem*, acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁷⁸ *Ibidem*, acesso em: 2 mar. 2006.

eletrônicos no curso da investigação de crimes sérios, como o assassinato, dentre outros.¹⁷⁹

Na América Latina, a Constituição Política equatoriana, aprovada em 1998, reconhece o direito à inviolabilidade da correspondência em seu art. 23 e item 13. Da mesma forma, a Constituição do Chile de 1980 reza em seu art. 19 e item 5 que:

[...] a Constituição assegura a todas as pessoas: a inviolabilidade de violar de toda a forma de comunicação privada. A violação só poderá ser feita nas comunicações e documentos privados interceptando-se, abrindo-se nos caso e formas determinados pela lei.¹⁸⁰

Na Colômbia não foi diferente, eis que o art. 15 da Constituição colombiana, promulgada em 1991 dispõe que “a correspondência e demais formas de comunicação privada são invioláveis. Só podem ser interceptadas ou registradas mediante ordem judicial, e nos casos e com as formalidades estabelecidas em lei”. Por seu turno, a Constituição Política do Peru vigente a partir de 1993 consagra o direito à inviolabilidade da correspondência no art. 10:

[...] o segredo e a inviolabilidade de suas comunicações e documentos privados. As comunicações, telecomunicações e seus instrumentos só podem ser abertos, incautos, interceptados ou sofrerem intervenção por meio de ordem judicial motivada do juiz, com as garantias previstas em lei.¹⁸¹

¹⁷⁹ ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos *e-mails* no ambiente de trabalho. *Última Instância Revista Jurídica*. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=18505. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁸⁰ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. A interceptação do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁸¹ *Ibidem*, acesso em: 2 mar. 2006.

Por fim, a atualíssima Constituição da República Boliviana da Venezuela de 1999 refere-se concreta e especificamente em seu art. 48 sobre o segredo das correspondências dispondo que:

[...] será garantido o direito ao segredo e inviolabilidade das comunicações privadas em todas as suas formas. Não poderão ser interferidas sem ordem de um tribunal competente, com o cumprimento das disposições legais e preservando-se o segredo privado que não guarde relação com o correspondente processo.¹⁸²

Como se pode notar, de uma legislação com ampla possibilidade, como no caso do Reino Unido, chegando-se à plenitude da defesa do direito à privacidade destacado na Constituição da Bolívia, salvo com autorização judicial, a regulamentação da permissão ou proibição do monitoramento do meio eletrônico tem gerado um intenso debate legal.¹⁸³

Certamente estes debates não perdurarão por muito tempo, sendo mais coerente que apenas em hipóteses determinadas por lei poderá ocorrer a viabilidade de interceptar as comunicações no trabalho que não venham a ser ilegais, por isso não convém dar *carta branca* ao empregador, nem ainda, proibir-lhe de vez que faça o monitoramento levando-se em conta o direito a privacidade do trabalhador, assim como o estrito tratamento que deve ser dado a informação, a busca de uma legislação, mas que seja flexível diante do caso concreto é que se apresenta como mais coerente.

¹⁸² ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos *e-mails* no ambiente de trabalho. *Última Instância Revista Jurídica*. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=18505. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁸³ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. A interceptação do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

3.3 Disposição de Cláusula de Autorização no Contrato de Trabalho

A cláusula coletiva permissiva da invasão de privacidade (termo de sigilo) tem o mérito de eliminar o questionamento da licitude do rastreamento quanto ao *e-mail* corporativo, já que, mediante negociação coletiva, os próprios empregados expressamente ou mediante o compromisso de utilização dos recursos somente para o exercício de sua atividade, por meio dela permite o procedimento.

Isoladamente, o empregado não tem poder de barganha, submetendo-se à vontade do empregador. Mas mediante intervenção do sindicato, que possibilitará o fortalecimento dos empregados por meio da vontade coletiva em acordo coletivo empresarial ou convenção coletiva categorial, e a discussão dos limites e condições do monitoramento, não parece haver qualquer empecilho no estabelecimento de cláusulas reguladoras do uso do equipamento.¹⁸⁴

Para Ramón Castilla, no Direito espanhol o empresário pode no uso de suas faculdades de adaptação dos direitos fundamentais às características da organização produtiva, que inserido o trabalhador, deve-se dar conhecimento prévio - e obter do trabalhador a aprovação - da possibilidade de controle dos meios postos à disposição para o desenvolvimento do trabalho. E que essa autorização é

¹⁸⁴ Importante destacar que algumas providências e precauções devem ser tomadas pela empresa no caso de monitoração do teor de *e-mails* e de acessos à Internet. A principal delas é a clara e inequívoca ciência dos empregados sobre estes procedimentos. Os funcionários devem conhecer todas as regras para a utilização do correio eletrônico e Internet, sendo que a empresa deve especificar o que pode ou não ser acessado, o tempo de acesso e, ainda, o conteúdo dos *e-mails* permitidos e proibidos. Também é fundamental que os funcionários tenham claro de que maneira será realizado o monitoramento e quais são as punições àqueles que não respeitarem as regras impostas. Este comunicado pode ser feito por meio de um memorando interno, com assinatura de recebimento pelo empregador ou por palestras explicativas realizadas pelo corpo técnico da empresa. Com isto, fica claro que com as devidas precauções, a monitoração dos acessos à web, assim como do teor dos *e-mails* enviados e recebidos pelos funcionários, é totalmente possível de ser realizada. Afinal, é um direito do empregador fiscalizar e exigir a correta utilização das ferramentas de trabalho colocadas à disposição da sua equipe de trabalho (MASSINI JÚNIOR, Nelson; BEBER, Karolen Gualda. Monitoramento do uso da Internet: como deve agir o empregador. *Comunidade RH Artigos*. Disponível em: <http://carreiras.empregos.com.br/comunidades/rh/artigos/020204-monitoramentoweb.shtm>. Acesso em: 2 mar. 2006).

implícita, quando o empresário estabelece parâmetros de controle, de cunho geral, à totalidade dos trabalhadores.¹⁸⁵

Relativamente ao servidor público, o colombiano Alexander Diaz sustenta a ilegalidade de o Estado vigiar a conta privada do trabalhador no computador do obreiro, mas quando o servidor utiliza os instrumentos do Estado, está cumprindo uma função pública e implicitamente renunciando à possibilidade de manter correspondências sigilosas (que corresponderiam a uma utilização para fins particulares), ainda mais porque o mau uso pode afetar a imagem e o prestígio da administração pública.¹⁸⁶

Quanto ao *e-mail* particular, de utilização autorizada no serviço, descabe a cláusula de renúncia. Cuidando-se de correspondência de conteúdo em princípio inviolável, somente por exceção será possível o conhecimento do conteúdo. Em ocorrendo desconfiança de abuso do servidor patronal ou de utilização indevida pelo empregado, o empregador deverá postular autorização judicial para a leitura, respondendo pelos danos que vier a praticar, ou então assumir a responsabilidade do rastreamento material se entender estar diante de estado de necessidade que justifique o procedimento.

O empregador poderá exercer o controle tecnológico sobre seus trabalhadores, desde que conte com indícios suficientes de que esteja havendo desvio na utilização dos meios de produção e atendendo a estritos critérios de *idoneidade, necessidade e proporcionalidade*, a utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins a que se pretendam causando o menor impacto

¹⁸⁵ Apud BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 61.

¹⁸⁶ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 62.

possível sobre a intimidade e a dignidade do trabalhador, mas não vetando esse controle em todos os casos.¹⁸⁷

Tal monitoramento deve seguir uma espécie de caminho que leve ao conhecimento do conteúdo do *e-mail* em último caso e desde que existam suficientes indícios de conduta ilegítima por parte do empregado.

O acesso ao conteúdo deve ser restrito e conhecido somente quando conduza irremediavelmente a um possível ato ilícito¹⁸⁸ ou que enseje uma das modalidades de justa causa prevista na CLT. Devendo recorrer-se primeiramente para a certificação da falta grave por meio da verificação do *subject* ou o destinatário do mesmo, para que mediante suspeitas seja adentrado no seu conteúdo para a comprovação dos indícios sugeridos.

A comunicação será vigiada e controlada unicamente se o empregador estiver legalmente obrigado a proceder ou tiver razões suficientes para crer que o empregado está cometendo uma infração penal ou falta disciplinar grave.

São essas, portanto as primeiras diretrizes estabelecidas para nortear a utilização dos instrumentos tecnológicos inseridos na empresas. Espera-se que as idéias acima expostas sirvam como um mecanismo de orientação para todos os estudiosos das relações trabalhistas no sentido de minimizar as injustiças que vem sendo feitas quando do trato dessas questões tanto por parte dos empregados como dos empregadores.

¹⁸⁷ MASSINI JÚNIOR, Nelson; BEBER, Karolen Gualda. Monitoramento do uso da Internet: como deve agir o empregador. *Comunidade RH Artigos*. Disponível em: <http://carreiras.empregos.com.br/comunidades/rh/artigos/020204-monitoramentoweb.shtm>. Acesso em: 2 mar. 2006.

¹⁸⁸ Nesse mesmo sentido entende Santos Cifuentes que: "Simplemente hay casos em que, según lãs circunstancias, tal ejercicio puede ser antijurídico. Si, por ejemplo, a través de la libertad de información se comete um hecho ilícito, el orden jurídico debe reaccionar en su defensa" (CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed., atual. e ampl. Buenos Aires: Aditorial Astrea, 1995. p. 586).

CAPITULO IV – DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM CASO DE VIOLAÇÃO

4.1 Noções sobre Dano Moral

A responsabilidade civil que nada mais é segundo René Savatier, que “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”, tem suas origens na Mesopotâmia, com Hamurabi o Rei da Babilônia (1792-1750 a.C.). O seu Código possuía como princípio fundamental a famosa expressão “olho por olho, dente por dente”.¹⁸⁹

No Direito Romano a matéria também não foi esquecida nas importantes legislações das Leis das XII Tábuas (452 a.C.), da *Lex Aquilia* (286 a.C.); das Institutas, o Codex e o Digesto ou Pandectas, que formaram a Legislação Justiniana (528/534 a.C.).

É perceptível uma enorme evolução entre os sistemas adotados. No início, nota-se a tentativa de reparação de uma ofensa por outra. A partir do Codex Justiniano até os dias atuais vê-se a consagração do princípio da reparação de um ato lesivo pelo pagamento de uma importância pecuniária compensatória.

Hoje em dia, a reparação do dano moral encontra-se difundida e aceita, sobretudo com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, consolidado no art. XII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar

¹⁸⁹ Apud AGUIAR, José Dias. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

ou na sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da Lei contra tais interferências e ataques.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o dano moral passou a ter assento Constitucional em seu art. 5º, inciso V e X:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direitos de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Não há responsabilidade civil sem o dano. O respeitado civilista Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

[...] o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, o bom conceito de que desfruta na sociedade, os sentimentos que exortam a sua consciência, os valores afetivos, merecedores todos de igual proteção da ordem jurídica.¹⁹⁰

A maioria das definições baseia-se “pelo componente negativo, sendo elaboradas, pois, considerando moral todo o dano que não seja de índole patrimonial.”

Seguindo esta linha, Orlando Gomes considera que se deve verificar a lesão ao direito personalíssimo, distinguindo-o do dano patrimonial. Portanto, a ofensa à honra que não tem reflexos econômicos e causa estritamente dor moral é que deve ser considerada na definição da expressão dano moral.¹⁹¹

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87.

¹⁹¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997. p. 56.

O dano moral consiste na lesão que emerge da violação de determinados interesses não-materias, sem equivalência econômica, porém concebidos como bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna ou externa inerente à personalidade do ser humano, podendo também alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou mesmo a uma coletividade de pessoas.¹⁹²

A noção e conceito de dano moral, inclusive o laboral, é muito mais amplo, pois, cobre o espectro da personalidade humana – alcançando todos os atos ilícitos que causem, desnecessária e ilicitamente, desassossego, desconforto, medo, constrangimento, angústia, apreensão, perda da paz interior, sentimento de perseguição ou discriminação, desestabilização pessoal, profissional, social e financeira.¹⁹³

Destarte, o transtorno pela perda de um vôo, em caso de *overbooking*, não causa desabono à honra ou à imagem da vítima. No entanto, causa dano moral à personalidade humana, ao trazer intranqüilidade e perda de paz interior resultante de um ato ilícito.

O dano moral no Direito do Trabalho é um assunto já muito discutido, e que nos últimos tempos vem chegando a certa maturidade. No Brasil, até pouco tempo atrás, não se falava em reparação por danos morais, principalmente pela pouca relevância da dignidade da pessoa humana, especialmente devido aos governos autoritários que suprimiam as liberdades individuais dos cidadãos.¹⁹⁴

¹⁹² GOMES, Orlando, op. cit., p. 56.

¹⁹³ CASTELO, Jorge Pinheiro. A prova do dano moral trabalhista. *Revista de Direito Trabalhista*. v. 8, n. 9, p. 6-15, jul. 2002. p. 9.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 9-10.

Embora, hodiernamente, não seja mais questionada, a reparabilidade do dano moral foi por muito tempo refutado. As razões para isso seria a iniquidade de se estabelecer um preço para dor, e, por outro lado, a dificuldade de se estabelecer o *quantum* indenizatório de um dano, que essencialmente não é pecuniariamente determinável. A maioria dos doutrinadores aponta três teorias: a negativista, a restritiva e a afirmativista.

A negativista não aceita de maneira alguma a reparação do dano moral por considerarem que é impossível a verificação dos reflexos negativos acarretados para cada pessoa, face à subjetividade dos mesmos, inexistindo parâmetros de medição desses reflexos. Alegam ainda que é arbitrário qualquer estabelecimento de um *quantum* da reparação.

Já a teoria restritiva considera que apenas os reflexos patrimoniais do dano moral devem ser reparados. Os afirmativistas refutam as duas correntes anteriores, pois não visam a devolução do *status quo ante*. Consideram que a indenização tem natureza compensatória, por um lado, e sancionatória, de outro.

As dificuldades apontadas pelas duas primeiras constituem mero reconhecimento das peculiaridades das quais vai se revestir o problema da liquidação do dano moral. Jamais a dificuldade apresentada poderia conduzir à impunidade do dano, este sim, absurdo muito maior do que a propalada por tais correntes.

Por meio da Constituição Federal, a reparação ao dano moral ganhou grande impulso e um maior respaldo jurídico, apesar de alguns defeitos e lacunas na sua aplicação prática que persistem até hoje.

A indenização por danos não é matéria totalmente alheia à CLT. O art. 480 é contundente ao permitir ao empregado cobrar um ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do rompimento antecipado do contrato a termo.

A lesão à honra e à boa fama do empregado é motivo de resolução *ope judicis* do contrato de trabalho, com indenização prefixada, segundo os termos do art. 483, alínea e, da CLT, assim como o art. 482, alínea k assegura ao empregador a resolução do contrato de trabalho do empregado, por atos lesivos à sua honra. Uma grande evolução legal foi, à época, a proteção da criança e do adolescente assegurando que de sua ocupação não poderá sobrevir prejuízos à sua formação moral, assentado nos art. 405 a 407 da CLT.¹⁹⁵

O contrato de trabalho tem aspectos especiais em relação a outros tipos de contratos. A relação de desigualdade e subordinação em que se encontra o trabalhador frente ao empregador é um deles. Tendo, assim, o primeiro, maior possibilidade de ser atingido moralmente, devido exatamente a sua posição hierárquica, o que não significa que o inverso não possa acontecer.

Outro fator é a importância que o trabalho possui na atual conjuntura socioeconômica e cultural, sendo ele o maior de todos os fatores de produção da sociedade, tendo inclusive seu reconhecimento elevado à altitude constitucional, art. 170, quando estabelece que a ordem econômica é fundamental na valorização do trabalho humano.¹⁹⁶

O dano moral quando oriundo da relação trabalhista assume algumas peculiaridades. Isso acontece, principalmente pela desigualdade existente em tal relação, já que o empregado é subordinado ao empregador, este possuindo

¹⁹⁵ CASTELO, Jorge Pinheiro. A prova do dano moral trabalhista. *Revista de Direito Trabalhista*. v. 8, n. 9, p. 6-15, jul. 2002.

¹⁹⁶ FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o Direito do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2002. p. 116.

um poder diretivo. Além disso, há um caráter de pessoalidade no vínculo, o qual é cotidiano e de trato sucessivo.

Estes elementos conduzem a um ambiente propício ao surgimento do dano moral. A prestação do trabalho é algo indefectivelmente unido à personalidade de quem o realiza. O poder de direção e dependência pode dar azo a excessos, abusos de poder. A própria casualística do dano moral na relação trabalhista, indica suas peculiaridades: divulgação ou anotação na CTPS do motivo da dispensa ou da não admissão, assédio sexual, posições políticas, convicções pessoais etc.¹⁹⁷

O dano moral trabalhista pode acontecer nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. A primeira, como já deixa claro o seu nome, acontece antes de firmado o contrato. Pode ocorrer, por exemplo, por meio de uma promessa de emprego, na qual o pretendente, tendo pré-ajustada sua contratação com o empregador, pede demissão do seu trabalho atual, aluga imóvel na cidade da empresa contratante, e surpreendentemente tem cancelada a sua promessa de emprego.¹⁹⁸

Neste caso ensejaria tanto uma indenização por danos morais, quanto por danos materiais. Apesar de reconhecida a possibilidade de existência de dano na fase pré-contratual, por muito tempo foi controvertida a aceitação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar pleitos referentes a este período, mas com a edição da Emenda Constitucional nº 45, ficou pacificado a competência

¹⁹⁷ FLORINDO, Valdir, op. cit., p. 118.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 122.

da Justiça do Trabalho para ações correspondentes à essa matéria, ou seja, para pleitear indenização por dano material ou moral advindas da relação laboral.¹⁹⁹

São inúmeras as situações que asseguram o direito à indenização por dano moral nesta fase. Pode-se aludir a seguinte hipótese: um empregado ajuíza ação trabalhista pleiteando férias vencidas e horas extras não pagas. O empregador, ao tomar conhecimento da ação do seu ex-empregado, assume a postura de expedir cartas de referência e boatos outros que denigram a honra, a moral e a imagem deste.

4.2 Apuração da Responsabilidade

Quando se fala em caracterização do dano moral discutem-se os pressupostos necessários para sua ressarcibilidade. Nessa discussão, duas correntes encontram-se presentes; a dos que defende a necessidade de se comprovar a dor; e a dos que entendem a necessidade de se comprovar o nexo causal entre o ato praticado pelo agente e o dano que por sua vez se presume.

A primeira corrente defende que não se pode restringir apenas à narrativa dos fatos, deve o autor demonstrar a extensão da lesão sofrida, até porque, será o parâmetro para fixação da indenização na hipótese de condenação. Alguns mais extremistas chegam inclusive, a suscitar na possibilidade de se realizar uma prova pericial psicológica.

¹⁹⁹ Nesse sentido verifica-se o seguinte teor do acórdão: Competência da Justiça do Trabalho. Indenização por danos morais e materiais. Tratando-se de pedido de indenização por danos morais ou materiais decorrentes de ação ou omissão que o trabalhador atribui ao ex-empregador, mesmo sendo o fato passível de enquadramento como acidente de trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho, se não envolver o interesse do INSS, seja porque diz respeito a litígio entre trabalhadores e empregadores, como previa o "caput" do art. 114 da Constituição da República, seja porque se trata de ação de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente da relação do trabalho, como especificamente passou a prever o seu inciso VI, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-2004. (Acórdão 5159/2005 - Juíza Marta M. V. Fabre - Publicado no DJ/SC em 12/5/2005, p. 201).

A segunda corrente defende que não se está em questão à prova do prejuízo, e sim a violação de um direito constitucionalmente previsto. Essa corrente vem encontrando guarida no Superior Tribunal de Justiça, que assim já decidiu:²⁰⁰

A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo. Dano moral - Prova. Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam.

É natural que antes de aderir por uma ou por outra corrente, deve se levar em consideração que o instituto requer uma análise minuciosa a cada caso concreto, pois à justiça, por meio do devido processo legal, cabe a aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse critério, claro está que cabe ao julgador analisar os fatos narrados pelo autor em sua peça exordial, bem como contrapô-los a contestação apresentada pelo réu.

Nessa contraposição se verificará os fatos controvertidos que serão matéria de prova. Agora, inexistindo fatos controversos, tem-se que resta apenas ao julgador verificar tratar-se de dano garantido pelo sistema normativo pátrio.

Dessa forma, a única prova que se concebe nas ações indenizatórias, é a da existência dos fatos colacionados na peça prefacial. Incontroversos os fatos, ou devidamente provados na fase instrutória do processo, resta para se caracterizar a existência de dano moral, apenas o estabelecimento do nexo causal entre o ato ilícito praticado pelo agente e os fatos narrados pelo autor.

²⁰⁰ REsp nº 23.575-DF, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU 01/09/97.

Caso estabelecido esse nexo, e tratando-se de direito garantido pelo sistema normativo pátrio, nova questão surge para a conclusão do tema, que se trata da quantificação pecuniária dessa lesão.

A Professora Maria Helena Diniz complementa essa questão, se posicionando da seguinte forma:

O dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angústia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofridos.²⁰¹

Desta forma, entendido a extensão do dano, há que se determinar um valor suficiente para atenuar as conseqüências da lesão, ou seja, para diminuir a dor suportada pelo lesado, pois restou comprovado a qualificação do dano sofrido em função da apuração dos fatos, do nexo de causalidade e da culpa do agente.

4.3 Da Reparação do Dano

Os danos morais, ao contrário dos danos patrimoniais, apresentam-se de forma bastante complexa, sendo que a diversidade de tipos e o seu caráter aberto levará a uma realidade que influenciará a determinação de seus efeitos. Quanto ao aspecto de satisfatividade da vítima, o que nos causa maiores questionamentos seriam, portanto, os danos extrapatrimoniais, visto que nos patrimoniais, para se alcançar a plena satisfação do ofendido, requerem apenas o restabelecimento ao estado *quo ante*, ou seja, reparação do dano emergente e o

²⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 82.

pagamento dos lucros cessantes, quando for o caso, possibilitando ao aplicador do Direito uma aferição concreta do dano e da conseqüente reparação.

Assim, tentar estabelecer os contornos da satisfação dos danos extrapatrimoniais é uma tarefa extremamente árdua, especialmente por serem aqueles que, por definição, não tem reflexos econômicos.

No campo da responsabilidade civil, o que se objetiva é a satisfação da vítima em decorrência dos danos sofridos. Assim, o que se busca na reparação dos danos morais é uma satisfação consistente em determinada importância em dinheiro, capaz de compensar as angústias e aflições ocasionadas pelo evento lesivo.²⁰² Mas, primeiramente, deve-se conceituar o vocábulo Reparação e Indenização.

O termo *reparação* pode ser concebido em dois sentidos: um amplo e outro restrito. No sentido amplo, a reparação pode ser entendida, segundo Maria Helena Diniz, com ato ou efeito de reparar o dano patrimonial ou moral causado a outrem, indenização, reforma, restauração, restabelecimento da coisa ao estado anterior.²⁰³

Deste conceito, pode-se dizer que a *reparação lato sensu* abrange a *stricto sensu* e a Indenização. Assim, a reparação *lato sensu* pressupõe o restabelecimento do patrimônio afetado, seja ele material ou moral, ao estado anterior à ocorrência do evento lesivo, quando se estará diante da *reparação stricto sensu* (chamada também de reparação específica) ou, havendo impossibilidade material do restabelecimento natural, a sua substituição por um equivalente pecuniário, no qual identifica-se a *indenização*.

²⁰² REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 73.

²⁰³ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. p. 139.

4.3.1 Reparação *In Natura*

A responsabilidade civil orienta-se pelo princípio da *restitutio in integrum*, consagrado pelo brocardo “*Restitutio in integrum in genere sic solet definiri: Ut sit pristini status amisi recuperatio*” (quer dizer: a integral restituição pode ser definida: que seja a recuperação do estado primitivo perdido).²⁰⁴ Esta é a fórmula primária da responsabilidade civil e que se aplica à reparabilidade do dano moral.

A recomposição *in natura* trata-se da reparação *stricto sensu* (ou específica como preferem alguns doutrinadores), que fundamentada na *restitutio in integrum*, busca o restabelecimento da situação anterior ao evento lesivo. Ela tem, necessariamente, que operar a substituição dos efeitos de um determinado fato lesivo pelos efeitos da prática de um outro ato, reparatório, que conduzirá o estado de espírito do lesado à mesma situação em que se encontrava primitivamente.

É a primordial forma de reparação que, sendo viável, não pode jamais deixar de ser utilizada pelo aplicador do Direito na composição do dano moral. Segundo Araken de Assis, em princípio, toda reparação há de ser *in natura*, seja qual for o bem lesionado, patrimonial ou não, significando a reposição das coisas ao estado anterior ao dano. Assim, quaisquer que sejam os danos, eles se indenizam de duas formas: restauração em natura ou restituição pelo equivalente pecuniário.²⁰⁵

Neste mesmo sentido o doutrinador Limongi França, afirmando que o dano moral, assim como algumas espécies de danos materiais, não precisam ser

²⁰⁴ MENDES, R. B. *Dano moral e obrigação de indenizar*. critérios de fixação do quantum. Campo Grande: UCDB, 2000. p. 152.

²⁰⁵ ASSIS, A. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 759, 1999, p. 14.

recompostos, necessariamente, mediante indenização em dinheiro, o importante é que se refaça a ordem sócio-jurídica lesada, o que se pode obter mediante providências diversas, tais como publicações e outras prestações de serviços.²⁰⁶

Tem-se, como alguns exemplos de reparação específica do dano moral o desagravo, a retificação de notícia, a publicação de retratação, o reconhecimento público de erro entre outros. Também as agressões ao meio ambiente podem, algumas vezes, dar ensejo à reparação *in natura*, como na hipótese de morte de peixes por lançamento de poluentes na água, onde o dano pode ser reparado com o lançamento de novos peixes e purificação das águas poluídas.²⁰⁷

Entretanto, nada impede, conforme o caso, considerando as circunstâncias e a gravidade da lesão, que o juiz condene o agente causador do dano a repará-lo em ambas as formas, ou seja, reparação *in natura* e indenização, que não se excluem e podem ser suplementares.²⁰⁸ Nesse sentido, diz Antônio Jeová Santos que essas diferentes formas de reparação não se excluem, pelo contrário, podem ser utilizadas conjuntamente para uma efetiva reparação do dano, ou seja, para atingir o ressarcimento pleno, em sua maior integralidade.²⁰⁹

Assim, tem-se a reparação *in natura* como a fórmula primária para a composição do dano moral baseada no *restitutio in integrum*, que viabiliza o restabelecimento da esfera jurídica lesada do sujeito passivo do dano à situação anterior ao evento lesivo, e que não exclui a indenização, caso não seja tida como satisfatória pelo órgão julgador.

²⁰⁶ FRANÇA, Limongi. Reparação do dano moral. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 631, 1995, p. 33-34.

²⁰⁷ SEVERO, S. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 194.

²⁰⁸ MENDES, R. B., *op. cit.*, p. 153.

²⁰⁹ SANTOS, A. J. *Dano moral indenizável*. 2. ed., São Paulo: Lejus, 1999. p. 168.

Conclui-se, portanto, que dever-se-á preferir, sempre que possível, a reparação in natura, isto é, aquela que conduza à recomposição do *statu quo ante*, à pecuniária, composta por indenização reparadora.

4.3.2 Reparação Pecuniária

Ante a impossibilidade de se reparar o dano, recolocando as coisas no seu estado primitivo por meio da reparação *in natura*, ou seja insuficiente para amenizar o sofrimento moral da vítima, restará ao aplicador do Direito lançar mão da reparação em pecúnia, ou indenização, que será a fórmula subsidiária ou suplementar. Como bem afirma Araken de Assis, a indenização pelo equivalente pecuniário é subsidiária, devendo ser utilizada somente quando haja dificuldade extrema ou impossibilidade de se restaurar em natura.²¹⁰ Aqui o dinheiro assume a posição preponderante de instrumento de trocas, com o qual a vítima buscará adquirir os prazeres e utilidades necessárias para suprimir o sofrimento decorrente do evento lesivo.

Verifica-se que na indenização pecuniária o dinheiro não exerce, com relação ao dano moral, a função de equivalência no sentido de restabelecimento integral do patrimônio danificado, tal como ocorre nos casos de ressarcimento de dano material (dinheiro-fim). No caso em foco, exerce uma função distinta, compensatória, capaz de viabilizar a aquisição de um modo secundário para amenizar o sofrimento da vítima (dinheiro-meio).²¹¹

Porém, não se trata de conferir ao lesado uma satisfação ou compensação simbólica, ao contrário, trata-se da busca de uma satisfação mais

²¹⁰ ASSIS, A., op. cit., p. 15.

²¹¹ ZENUN, A. *Dano moral e sua reparação*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 124.

efetiva possível, próxima à realidade, que tenha condições de minorar as consequências do fato lesivo. A condenação pequena, simbólica, significa o aviltamento da reparabilidade dos danos morais e beneficia, ilicitamente, o agente causador do dano. Por outro lado, as condenações extraordinárias configuram majoramento da responsabilidade por danos morais, sendo igualmente antijurídica por determinar o enriquecimento sem causa da vítima. Na realidade, o que se deseja é o equilíbrio, a razoabilidade, que deve orientar a fixação do *quantum* da indenização para que esta cumpra, com eficácia, as suas funções e, via de consequência, mantenha a paz social.

4.3.3 Caráter Compensatório

A reparação do dano moral possui natureza satisfatória, sendo esta a função essencial da condenação que deve ser observada pelo aplicador do Direito na composição dos litígios que envolvem interesses extrapatrimoniais. Na reparação dos danos morais, a satisfação é compensatória pois visa a atenuação, a mitigação do sofrimento por meio de um meio adequado para tal fim, o que decorre da natureza abstrata do dano. Na reparação dos danos materiais, a satisfação é por equivalência, por tratarem-se de valores de aferição concreta, passíveis de serem imediatamente recompostos por bens de igual ou correspondente valor.²¹²

Assim, conforme pontua o doutrinador Clayton Reis, o que se busca na responsabilidade civil é a reposição do bem perdido, quando condena o ofensor ao pagamento de um *quantum* indenizatório, de cunho eminentemente reparador ou satisfativo. É a lição pedagógica que se extrai da orientação romana contida no

²¹² ZENUN, A., op. cit., p. 124.

texto: *neminem laedere* (a ninguém ofender), um dos três *júris praecepta*, insertos nas Institutas de Justiniano, na expressão *alterum non laedere* (a outro não ofender).²¹³

O ressarcimento do dano moral tem uma genética função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuado, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento.²¹⁴

Na realidade, não se pode admitir que o dinheiro faça cessar a dor, como faz cessar o prejuízo material, mas, em muitos casos, o conforto que possa proporcionar mitigará, em parte, a dor moral, pela compensação que oferece.²¹⁵

Assim, ainda que a satisfação compensatória não contemple uma avaliação de equivalência, a mesma, quando aplicada ao caso concreto, deve objetivar a consolidação de um estado adequado de superação que reconduza a vítima do dano moral a uma situação de normalidade, ou seja, que tenha capacidade de lhe trazer equilíbrio e paz de espírito, elementos que podem ser observados pelo senso comum e advindos da experiência do homem médio.

Neste sentido o doutrinador Clayton Reis ao preceituar que na satisfação, o sentido almejado pelo legislador, tanto quanto pelo juiz, não reside na avaliação precisa mas, sobretudo, em conseguir uma aproximação ao estado ideal,

²¹³ REIS, Clayton, op. cit., p. 78.

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 75.

²¹⁵ FELIPE, J. F. A. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 67-68.

ou ainda, uma forma de possibilitar à vítima uma situação semelhante àquela anterior ao evento lesivo.²¹⁶

Portanto, a natureza jurídica da reparação do dano moral é de uma “satisfação compensatória”, que será aplicada em favor da vítima para reduzir, da maneira mais adequada possível, o prejuízo moral sofrido objetivando sempre a recondução a uma situação ideal, compatível com a normalidade.

4.3.4 Caráter Punitivo

A reparação do dano moral, segundo parte da doutrina, assumiria, também, uma função punitiva, no sentido de que a condenação deve objetivar uma sanção ao ofensor, por meio de uma penalização exemplar. A natureza punitiva da reparabilidade do dano moral encontraria razão de ser na constatação de que aquele que paga sente a repressão da ordem legal face à sua atividade antijurídica, o que se lhe impõe como advertência, com efeito intimidatório, para que não venha mais a transgredir os valores morais de outrem. A condenação deveria repercutir para o ofensor como uma depreciação financeira, para que este, além do dever de reparar, sentisse efetivamente a repulsa da ordem jurídica em face da sua conduta, mediante a exarcebação do *quantum* indenizatório.

Acerca desse assunto, pontua Carlos Alberto Bittar que é com essa técnica que a jurisprudência dos países da *common law* tem contribuído, decisivamente, para a implementação efetiva de um sistema de vida fundado no

²¹⁶ REIS, Clayton, op. cit., p. 135.

pleno respeito aos direitos da personalidade humana, com sacrifícios pesados aos desvios que se tem verificado.²¹⁷

No entanto, a natureza punitiva da reparação do dano moral não é, em termos doutrinários, pacífica. Segundo Marcius Geraldo Porto de Oliveira, quanto ao aspecto punitivo, a conduta do ofensor deve ser examinada pela Justiça Criminal, em conformidade com a lei penal:

Não há razão normativa ou que tenha base na estrutura e princípio de direito, para a adoção da teoria segundo a qual a indenização por danos morais deva ter efeito punitivo. Ao contrário, as regras punitivas impostas no sentido de coibir a repetição da prática do ilícito são de natureza penal, excepcionados os casos específicos previstos na legislação civil. As condutas ilícitas que extrapolem a esfera civil são tipificadas em regras criminais e devem ser examinadas com base no Direito Penal.²¹⁸

Com maior afinco, Wilson Melo da Silva refuta o caráter punitivo da indenização, afirmando que importa para a aplicação de uma pena, a devida previsão legal em respeito ao princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*). Além disso, a delito pressupõe culpa do agente (entendida como *animus*, elemento subjetivo intrínseco – sentido *lato* de culpa) e o dano não; a responsabilidade civil visa a pessoa do ofendido e não a do ofensor; para a imposição da pena basta a tentativa, enquanto que a responsabilidade civil exige dano efetivo; a pena não pode passar da pessoa do delinqüente e o ônus da reparação do dano transmite-se aos herdeiros; a multa penal permite conversão e a indenização não; o volume da pena

²¹⁷ BITTAR, C. A. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 233.

²¹⁸ OLIVEIRA, M. G. P. *Dano moral*. Proteção jurídica da consciência. São Paulo: Editora de Direito, 1999. p. 55.

varia conforme a culpa do ofensor, ao passo que o *quantum* da reparação apenas sofre essa variação de conformidade com a maior ou menor extensão do dano.²¹⁹

Como se não bastasse, a exarcebação do *quantum* indenizatório para abarcar uma função punitiva não se amolda ao sistema jurídico, sendo instrumento produtor de um enriquecimento indevido ao lesado que, além de receber os valores suficientes a compensar o seu sofrimento, recebe ainda um valor a mais a título de pena privada, sem qualquer motivação legal.

Na realidade, a punição do ofensor cabe ao juízo criminal, evitando-se a invasão do Direito Civil na área de domínio do Direito Penal e elimina-se a possibilidade de duplicidade de penas (*bis in idem*). Ainda que se falasse em unificação de jurisdições civil e penal, o que teria como reflexo a unificação das penas, tal argumento teria força ou fundamento para afastar o princípio da legalidade.²²⁰ Apesar disso, reconhece-se à reparabilidade do dano moral uma função coibidora potencial, natural do dever de indenizar. Conforme exposto por Clayton Reis:

[...] ligados de forma excessiva aos bens terrenos, o homem de nossa época gravita em torno do incontido desejo de posse. Desta forma, a diminuição ou perda do patrimônio constitui causa de imenso sofrimento íntimo e, por isso, a fixação de uma verba indenizatória representa uma idéia de penalidade.²²¹

Vale dizer, a função primária da indenização será compensatória, tendo em vista única é exclusivamente a vítima e, em caráter secundário, como consequência natural, a inibição da prática de novos atos lesivos, visto que o infrator teve a sua esfera privada violada em decorrência da obrigação de reparar o mal

²¹⁹ SILVA, W. M. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 573-574.

²²⁰ MENDES, R. B., op. cit., p. 161.

²²¹ REIS, Clayton, op. cit., p. 82.

causado. Assim, à medida que a verba compensatória satisfaz integralmente o sentido de recompensa almejado pela vítima, em face da lesão sofrida, reprime a ação ilícita do lesionador, que ao invés de chamar de pena, prefere-se chamar de coibição, por ser, como já foi falado, de caráter secundário.

4.3.5 Caráter Coibitório

O conhecimento da possibilidade de sofrer as conseqüências das responsabilidades civil e criminal cria para as pessoas uma sensação coibidora, decorrente do medo, da intimidação, pela certeza de que a prática de ato lesivo ao patrimônio moral de alguém desencadeará a conseqüente reação jurídica, ou seja, a condenação judicial.

Trata-se de uma coibição potencial, isto é, relativa ao que pode ser produzido, ou se possível, como conseqüência de determinado ato. Assim é que, sabedoras das conseqüências jurídicas, as pessoas tendem a refletir, a tomar as devidas precauções, para que os seus atos não venham causar prejuízos a terceiros.²²²

Portanto, uma teoria de desestímulo deve buscar fundamento na pronta resposta do Judiciário, na eficiência e seriedade deste Órgão, na aplicação da lei ao caso concreto. Somente assim viabiliza-se a realização do Direito, impõe-se o devido respeito e inibe-se a reiteração de fatos lesivos.

²²² MENDES, R. B., op. cit., p. 163.

4.4 Apuração da Extensão e do Quantum Indenizatório

Questão crucial é justamente essa que diz respeito à quantificação do dano moral, aliás, a dificuldade que isso representa, por muito tempo foi o óbice para aceitação da tese da reparabilidade do dano moral.

No entanto, fica-se em dúvidas no tocante aos parâmetros a serem considerados para a fixação do quantum. Sabe-se da função eminentemente de ressarcimento da responsabilidade civil, que visa tanto possível, ao restabelecimento do *status quo ante* pela recomposição do patrimônio lesado, o que não se afigura difícil nos danos materiais.²²³

A matéria ganha, todavia, diverso relevo quando se trata de danos morais, nos quais, não se pode deixar de reconhecer, que não visa à indenização a recompor sentimentos, insuscetíveis, por sua natureza, deste resultado por efeito só dela, nem se prestando a compensar lesão a bens ofendidos.

Busca propiciar ao lesado meios para aliviar sua mágoa e sentimentos agravados, servindo, por outro lado, de aplicação de pena ao infrator.

Levam-se, pois, em conta, em sua determinação, as condições pessoais (sociais, econômicas) do ofendido e do causador do dano, o grau de sua culpa ou a intensidade do elemento volitivo, assim como a reincidência. São critérios preconizados no art. 53. I e II da Lei de Imprensa, e no art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

²²³ LAVOR, Francisco Osani de. Indenização do dano moral no processo do trabalho. *Síntese Trabalhista*. São Paulo, n. 136, p. 115-123, out. 2000. p. 117.

Aqui, ainda, um cuidado se impõe: de evitar a atração, apenas pelo caráter de exemplaridade contido na reparação, de somas que ultrapassem e que representou o agravo para o ofendido.

Nesta seara, mais do que nunca, há de reter-se não consistir a responsabilidade civil em fonte de enriquecimento para o ofendido. Os critérios da razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para sem exageros, atingir-se indenização adequada.

Neste campo, mais ainda se redobram cautelas, eis que, tendo em vista ser o agente economicamente mais poderoso do que o lesado, quase sempre, insinuar-se-á tentação de impor-lhe reparação elevada. Não condiz, todavia, com sua natureza. Mas, se por um lado, a reparação efetiva dá-se, até excepcionalmente, prescindindo de base subjetiva, de outro lado, há, por estes mesmos fatores, de ser alcançada de forma módica, compatível, sem absurdos que possam desestimular a cadeia de sua oferta.²²⁴

Alguns doutrinadores, bem como alguns julgados, defendem que a ressarcibilidade do dano moral deve propiciar meios sucedâneos ou derivativos que visam amenizar o sofrimento da vítima, como passeios, divertimentos, ocupações e outros do mesmo gênero.

Porém, certo é que a dor não é generalizada, ao contrário, é personalíssima, variando de pessoa para pessoa, de forma que uns são mais fortes outros mais suscetíveis.

²²⁴ LAVOR, Francisco Osani de, op. cit., p. 122.

Assim sendo, pensar no critério de ressarcimento por meios que possam transpor essa dor, geraria a uma diversificação de critérios para sua fixação de forma a torná-lo também personalíssimo.

Dessa forma, coerente é a doutrina que indica que além de respeitar os princípios da equidade e da razoabilidade, deve o critério de ressarcibilidade considerar alguns elementos como: a gravidade do dano; a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; a condição financeira do ofensor; a condição financeira do ofendido.²²⁵

Finalmente, como órgão de distribuição de justiça, cabe ao julgador aplicar a teoria do desestímulo, de forma a evitar a reincidência da prática delituosa.

Assim, podem-se dividir os critérios para fixação da indenização por danos morais em positivos e negativos.

Nos positivos, deveria ser observado: condição econômica, pessoal e social do ofendido; condição econômica do ofensor; grau de culpa; gravidade e intensidade do dano; hipótese de reincidência; compensação pela dor sofrida pelo ofendido; desestímulo da prática delituosa.

Nos negativos, observar-se-ia: enriquecimento do ofendido; viabilidade econômica do ofensor. De qualquer forma, além da observação desses critérios, a aplicação deve ser norteadada pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade.

²²⁵ LAVOR, Francisco Osani de, op. cit., p. 122.

4.5 Dano Moral Resultante do Monitoramento de Empregados – Intimidade e Vida Privada

A verdade é que existe todo um aparato eletrônico à disposição do empregador para o controle das atividades do trabalhador. Aliás, com propriedade, afirma *Bruno Lewicki* que além dos circuitos de televisão, outras formas ainda mais modernas de vigilância podem ser utilizadas para controlar os passos da pessoa no ambiente de trabalho. Algumas têm difusão incipiente, por conta do alto custo de sua implementação: é ainda, o caso dos prédios “inteligentes”, versão *higt-techc* dos relógios de ponto, capazes de tomar conta de toda movimentação dos funcionários em suas dependências. Outras são cada vez mais usadas, como o monitoramento dos computadores, feita por diversos programas que podem desde simplesmente indicar quais as páginas da Internet foram visitadas até mesmo registrar cada tecla que foi pressionada pelo trabalhador, o que possibilita, inclusive, uma vigilância completa dos seus erros e acertos no decorrer da jornada.²²⁶

Diante desse quadro, acabou surgindo uma colisão de direitos entre o poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do trabalhador, hoje disciplinados nos arts. 11 a 21, do Novo Código Civil, mas com suporte no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

É certo também que, no inciso V está preceituado que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem”. Assim, qualquer lesão aos direitos ligados à

²²⁶ LAVOR, Francisco Osani de, op. cit., p. 145-146.

personalidade do indivíduo pode ser objeto de reparação por dano moral na forma dos arts. 185 e 186 do Código Civil, os quais estão relacionados na parte destinada a referências legais.

Em se tratando do art. 21 do Novo Código Civil, encontram-se estatuído que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, compreendendo que há um manto protetor sobre a vida privada da pessoa, nela abrangendo a intimidade, a imagem e a honra.

Observa-se, também, que na Consolidação das Leis do Trabalho, no Capítulo III, que trata da Proteção do Trabalho da Mulher, especificamente no art. 373-A, está estabelecida a proibição do empregador ou dos seus prepostos em proceder a revista íntima em empregadas ou funcionárias.

Em relação à fiscalização do trabalhador ou de trabalhadoras sob a forma de revistas e vistorias, pode-se dizer que já existe um número de demandas judiciais significativas se considerarem que a matéria só ganhou destaque com a Constituição de 1988, com a tutela dos direitos da personalidade e da possibilidade de reparação quando os mesmos forem violados mediante o pagamento de indenização arbitrado judicialmente.

De tudo isso resulta que a preocupação sobre a questão está relacionada com os limites do poder diretivo do empregador em relação aos atos de fiscalização, de controle e de outros mecanismos que possibilitam acompanhar a atuação e o comportamento dos trabalhadores no seu ambiente de trabalho.

Arnaldo Süssekind e Luiz Inácio B. Carvalho afirmam que esse tema foi objeto de estudo no III Congresso Regional Americano de Direito do Trabalho e

da Seguridade Social, realizado no Canadá em 1995, no qual, segundo o relato de um dos seus insignes participantes - Américo Plá Rodriguez, chegou-se à conclusão de que:

[...] em geral, são considerados lícitos os controles visuais, partindo da premissa de que não há maiores limitações legais para observar diretamente, por meio de supervisores, a atuação funcional e o comportamento dos trabalhadores. O limite é a dignidade e a intimidade do trabalhador, que deve ser preservada. A aparição em tela ou circuitos fechados de televisão é resultado da incorporação de meios técnicos que antes não existiam.²²⁷

Registram, no entanto, os mencionados autores que, no referido conclave ficou assentado o seguinte alerta: “Esse controle visual não pode ser usado em banheiros, vestiários, e áreas de acesso reservado, sob pena de o empregador exorbitar o exercício regular do poder diretivo que a lei lhe assegura.”²²⁸

Em obra recente, em que trata do monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho, o Ilustre Magistrado do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, Alexandre Agra Belmonte, afirma que um dos limites ao exercício do poder diretivo do empregador é o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, em que estão incluídos os direitos à intimidade e à inviolabilidade de sua correspondência pessoal. Desde que justificável para efeito de segurança do patrimônio, dos demais empregados, ou ainda, necessários ao serviço - com respeito à dignidade da pessoa do trabalhador - o exercício do controle sobre a pessoa do empregado, sobre sua conduta ou sobre objetos.

²²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; CARVALHO, Luiz Inácio B. Carvalho. *Direito do Trabalho e Previdência Social*. Pareceres. São Paulo: LTr, 2002, v. X. p. 218.

²²⁸ Ibidem, p. 218-219.

Já o controle efetuado para evitar abusos ou verificar erros deve ser visto com reservas e, quando absolutamente necessário e justificável, com observância dos procedimentos que o autorizem e de forma não discriminatória; por exemplo, a limitação para todos, de número de telefonemas diários ou a revista que não seja íntima em empregados ou empregadas, por pessoas do mesmo sexo, para evitar furtos.²²⁹

Verifica-se, portanto, que o poder direito do empregador não é absoluto, encontrando restrições quando vier a colidir com os direitos da personalidade da pessoa do trabalhador, direitos esses consagrados no Texto Constitucional e no Código Civil em vigor, e mais ainda, associados aos direitos sociais do trabalho e da livre iniciativa que constituem também fundamento da República (art. 1º, IV).

Assim, tanto o trabalho humano como os direitos da personalidade devem ser analisados com os princípios que regem a dignidade da pessoa humana, pouco importando a sua qualificação ou posição social. E quanto ao exercício do poder diretivo pelo empregador impõe-se a observância dos mencionados limite que se transmudam em garantia para os trabalhadores e também para os empregadores, pois tais direitos numa acepção ampla se convergem para todos os cidadãos.

4.5.1 Possibilidade de Ocorrência

As questões legais quanto ao uso da tecnologia no ambiente de trabalho vêm preocupando as empresas. A justiça brasileira já considera que uma empresa é responsável pelo uso da ferramenta de trabalho por seus funcionários, ou

²²⁹ BELMONTE, Alexandre Agra, op. cit., p. 61.

seja, se algum empregado fizer má utilização da tecnologia em ambiente de trabalho, a empregadora poderá ser acionada juridicamente.

A empresa, se acionada, vai responder por culpa *in vigilando* ou uma série de outras situações por conta do mau uso da ferramenta de trabalho. Porém, ela tem o direito de regresso contra o funcionário. A empresa responde civicamente e dependendo do caso ela pode até sofrer uma imputação penal por alguma pessoa da empresa no caso de uso ilegal, fraudulento ou que prejudique a terceiros.

Um *e-mail* corporativo (com o nome da empresa), além de uma ferramenta de comunicação, guarda conteúdos necessários à empresa. É uma documentação de relações e obrigações que a empresa assume no mercado. Além disso, o uso da internet no trabalho também abre as portas da empresa para vírus, comprometendo a segurança da informação.

Qualquer *e-mail* que um funcionário acessa pela máquina da empresa pode conter vírus que ameaçam a rede da empresa e suas informações. Para evitar essas situações os especialistas recomendam, além de implementar antivírus e *firewall*, monitorar as atividades *online* de seus empregados.

Em relação à privacidade sob monitoração, a empresa é proprietária de toda conta de e-mail corporativa que contenha seu domínio no endereço. Assim, o monitoramento pode acontecer para evitar transtornos decorrentes do uso do e-mail para fins ilegais, fraudulentos ou que prejudiquem a terceiros; para ter conhecimento do que está sendo colocado, do que está sendo escrito e enviado e de como ela precisa instruir os funcionários.

A diferença é que, se você utilizar o telefone da empresa, ligar para algum lugar e falar com alguém, não é porque o telefone é da empresa, que foi a

empresa que disse. Mas um *e-mail* corporativo está por escrito, está assinado com cargo, com nome etc., pode gerar que foi a empresa que disse. O princípio da responsabilidade civil envolve a garantia de que o dano vai ser ressarcido, não importa por quem.

Normalmente esse por quem é definido em lei, ou será o autor do dano ou alguém que responda por ele, por exemplo, um pai quando um filho é menor de idade, ou o empregador quando é o caso de um empregado, no uso da ferramenta de trabalho. Só que essa pessoa que responde tem direito ao regresso contra o verdadeiro causador do dano.

Os *e-mails* particulares que são baixados em um computador da empresa ficam armazenados no HD dessa máquina e até mesmo na rede. Em princípio, esse conteúdo estaria protegido por privacidade por se tratar de um endereço e provedor particulares, tanto os pagos quanto os gratuitos. Porém, os *e-mails* foram baixados em uma máquina de propriedade da empresa cujo disco está sujeito a monitoramento.

Outra situação é o acesso de um *webmail* particular a partir de um computador da empresa. Então o conteúdo é particular, pois o acesso é *online*, mas há a utilização de uma conexão da empresa.

Ou seja, se alguém acessa um *webmail* dando informações pessoais falsas e envia algo que acarrete conseqüências legais o IP que consta é o da empresa. Em caso de investigação, a única informação de incidência de autoria seria o IP da máquina, neste caso a da empresa. Assim, essa empresa terá que prestar esclarecimentos que, dependendo da capacidade de demonstrar quem foi o usuário da máquina, podem ou não envolver responsabilidade. Por isso também é

importante à implementação do uso de *login* e senha pelos funcionários, para ocorrer a identificação de usuário.

A empresa tem obrigação legal de informar aos funcionários quando há monitoração do ambiente, para não incorrer em problemas de privacidade. Assim, é difícil ocorrer a alegação de exercício de privacidade em ambiente não privativo. O monitoramento sem aviso prévio só pode acontecer em um caso: quando se tem algum indício de alguma situação, de uma fraude, de um crime, e só solicita à justiça uma autorização para monitorar sem aviso.

A monitoração sem aviso nem autorização judicial pode não só significar quebra de privacidade, como também a geração de prova ilegal. Se a empresa tiver um indício de que precisa investigar, a autorização judicial sai rapidamente. É melhor ter e validar a ação, do que não ter e depois isso virar uma contingência para a empresa. Hoje a boa prática empresarial é avisar o monitoramento aos funcionários colocando como cláusula do contrato de trabalho. É fazer uma política clara de uso de *e-mail* e de Internet informando aos funcionários que os ambientes são monitorados. Não importa se são monitoramentos de equipamentos, monitoramento de câmera, até se é o monitoramento por catraca eletrônica, não importa qual é o tipo de monitoramento. A empresa, após informar formalmente a monitoração do ambiente e do conteúdo, tem a liberdade de ler tranqüilamente *e-mails* corporativos porque são *e-mails* da caixa postal dela.²³⁰

Os softwares de monitoramento buscam palavras-chave, anexo suspeito de conter vírus ou *e-mails* que foram enviados para várias que pode tratar-se de *spam*. Quando o conteúdo é monitorado, normalmente o *e-mail* é separado

²³⁰ Para fins de prevenção algumas empresas já estão criando normas para o uso dos equipamentos eletrônicos e, especialmente, para o uso do e-mail corporativo. Nesse sentido verificar as normas editadas pela Diretoria Executiva da Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) em anexo ao final deste estudo.

por uma conta de quarentena e os e-mails que passam pela conta da empresa geralmente são armazenados ali também. Portanto, recomenda-se que os funcionários acessem *e-mails* particulares por *webmail*, e não os baixe nas máquinas da empresa.

Internet e trabalho, já há um entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho e também do Supremo Tribunal Federal em relação ao acórdão feito para o Tribunal de Contas da União, de que cabe ao empregador definir o bom uso e o mau uso da ferramenta de trabalho e os limites para o funcionário. Assim, é direito da empresa vetar o acesso a determinados sites.

O que se faz durante o expediente e para fins de trabalho envolve responsabilidade do empregador, mas ele tem que definir claramente, de modo objetivo e por escrito, mesmo que eletronicamente. Não precisa estar impresso, mas tem que ser formalizado, isso tem a ver com o Código Civil, Código Penal e com a Constituição Federal.

CONCLUSÕES

Em função da globalização, verifica-se a substituição gradativa do meio físico pelo virtual ou eletrônico, isto em função de adaptações para necessárias adequações das empresas em relação à sua capacidade de interação com a economia global. Com isto, cada vez mais os empregados são direcionados à utilização de meios eletrônicos, tanto para comunicações internas, como para o fato de estarem ligados à empresa a cada hora de seu dia.

Assim, pode-se dizer que o *e-mail* ou correio eletrônico corporativo nada mais é do que uma correspondência em nome da empresa, equivalendo a um documento escrito em papel timbrado, pois vai com a chancela da empresa, compondo o conjunto de equipamentos e materiais colocados a disposição do empregado para a execução de suas tarefas.

O empregado tem direito, inegavelmente, à sua privacidade e intimidade. O empregador, por outro lado, é responsável pelos atos de seus empregados. A utilização do *e-mail* da empresa, com o seu domínio, torna a empresa passível de responsabilização pelos atos provocados pelos seus funcionários, conforme Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.

Se um empregado utiliza o *e-mail* da empresa, com o domínio próprio, para divulgar mensagens pornográficas, ofensivas ou mesmo atentatórias à ordem pública, tal comportamento vinculará a empregadora, que será responsável pelo fato. E o fundamento da responsabilidade da empresa está justamente na ausência de fiscalização de tal empregado. A culpa *in vigilando* ou *in eligendo* estará caracterizada, determinando a responsabilização da empregadora.

Deve-se ressaltar que o *e-mail* fornecido ao empregado é para desempenho de suas atividades, ou seja, para que possa desenvolver seu trabalho. O computador é equipamento da empresa e seus *softwares* também é propriedade da empresa-empregadora. Dessa forma, está claro que o ambiente não é adequado para que o empregado veicule ou receba qualquer tema voltado à sua intimidade e privacidade.

Contudo, as relações sociais e, especialmente, as relações entre empregador e empregado devem ser regidas pelo princípio da lealdade entre as partes. Além disso, a garantia da intimidade e privacidade são bens constitucionalmente protegidos. Desta forma, pode-se afirmar que a atitude da empresa, de controlar os *e-mails* de seus empregados, deve estar firmada no princípio da lealdade. Para tanto, o empregado não pode ser surpreendido pela fiscalização da empresa quando, em nenhum momento do contrato de trabalho, tal regra estava expressa.

Dessa maneira, entende-se essencial que o empregado seja avisado de forma clara e inequívoca sobre o poder de fiscalização da empresa de seu correio eletrônico, assim como deve ficar inequivocamente demonstrado que o *e-mail* da empresa deve ser utilizado apenas para questões profissionais, sendo vedado qualquer tipo de veiculação estranha aos fins da empresa e dos objetivos da empregadora.

Melhor seria, desde a contratação, já constasse cláusula expressa de tal conteúdo. O regramento claro traduzirá a postura inequívoca e firme da empresa no sentido de fiscalizar, deixando a relação explícita e sem qualquer dúvida para as partes. Portanto, a bem da lealdade, é importante que o empregado

conheça claramente as regras que vão disciplinar o policiamento do correio eletrônico.

Se o poder do empregador deve prevalecer, admite-se que a clara sinalização, por parte da empresa, deve estar presente. O aviso, que deve constar do contrato de trabalho ou do regulamento da empresa deve ser objeto de advertências periódicas, deve refletir a lealdade da situação, de forma que torne claro que o *e-mail* é um instrumento de trabalho, submetido a regras nítidas da empresa e que o seu conteúdo será sistematicamente analisado pela empregadora.

Quanto ao *e-mail* particular, de utilização autorizada no trabalho, descabe a cláusula de renúncia. Cuidando-se de correspondência de conteúdo em princípio inviolável, somente por exceção será possível o conhecimento do conteúdo. Em ocorrendo desconfiança de abuso do servidor patronal ou de utilização indevida pelo empregado, o empregador deverá postular autorização judicial para a leitura, respondendo pelos danos que vier a praticar, ou então assumir a responsabilidade do rastreamento material se entender estar diante de estado de necessidade que justifique o procedimento.

O empregador poderá exercer o controle tecnológico sobre seus trabalhadores, desde que conte com indícios suficientes de que esteja havendo desvio na utilização dos meios de produção e atendendo a estritos critérios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, a utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins a que se pretendam causando o menor impacto possível sobre a intimidade e a dignidade do trabalhador.

Não há premissas legais sobre o assunto no direito atual que viabilizem uma correta aplicação do direito, pois o mais correto seria uma reestruturação do direito a intimidade adequando-o as novas tecnologias da

informação para que não permitam decisões radicais que pendam apenas em benefício de uma das partes. Dessa forma, ter-se-iam definidos os limites de atuação dos empregadores, bem como, os limites de atuação dos empregados em relação aos equipamentos e à navegação por meio eletrônico.

Assim, acredita-se que não há como não vulnerar os direitos constitucionalmente protegidos (intimidade, privacidade, imagem e dentre outros), devendo, no entanto, o empregador, optar, sensata e ponderadamente, por políticas adequadas de controle da atividade que favoreçam um ambiente de trabalho relaxado e confiável que proporcione autonomia e intimidade, evitando o receio, a pressão e o mal estar dos trabalhadores por meio de condutas excessivas derivadas do poder empresarial.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, José Dias. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio. *Abuso do Direito no Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.
- ALMEIDA, Maria Christina de. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O Princípio Jurídico Constitucional Fundamental da Dignidade Humana no Direito do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 21, jul. 1989.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (*e-mail*) e o poder diretivo do empregador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 10. n. 40, p. 96-121, jul./set. 2002.
- ASSIS, A. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 759, 1999.
- AVALONE FILHO, Jofir. A ética, o Direito e os poderes do empregador. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1151>>. Acesso em: 26 dez. 2005.
- BACELAR, Margareth de Freitas. *O Direito do Trabalho na era Virtual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARBERO, D. *Sistema Del Derecho Privado*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1967. v. 2.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

BITTAR, C. A. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALONEGO, Fernanda Lopes. Direito privado e direitos fundamentais: A proteção do indivíduo frente ao novo Código Civil. *Revista Nobel Iuris*, Maringá, v. 2, n. 1, p. 163-181, 1º semestre 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A prova do dano moral trabalhista. *Revista de Direito Trabalhista*. v. 8, n. 9, p. 6-15, jul. 2002.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed., atual. e ampl. Buenos Aires: Aditorial Astrea, 1995.

COIMBRA, Márcio Chalegre. A inviolabilidade dos e-mails. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1787>>. Acesso em: 5 mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. *Revista Cultura de Direitos Humanos*. ago. 2001.

_____. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CÓRDOBA, Jorge E.; TORRES, Julio C. Sánchez. *Derechos Personalísimos* (o de la personalidad o iura in persona ipsa). Córdoba/Argentina: Alceroni, 1996

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

_____. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria geral do Direito Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva. 1988.

EDITORIAL. E-mails maldosos podem dar demissão. O Estado do Paraná, Curitiba. 4 jul. 2005.

FACHIN, Zulmar Antônio. *Direito Humano Fundamental de não ser Torturado: Os Avanços Normativos e as Dificuldades na sua Concretização*. Londrina, 2004.

Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Universidade Estadual de Londrina. Londrina-Paraná.

FARIAS, Edílson P. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FELIPE, J. F. A. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o Direito do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2002.

FORTES, Vitória Carvalho. Os princípios específicos do Direito do Trabalho. *Rede Jurídica*. Disponível em: http://www.redejuridica.com.br/artigos_view.jsp?id=531. Acesso em: 3 mar. 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Reparação do dano moral. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 631, 1995.

FUGIE, Érika Harumi. Articulação entre a colisão de direitos da personalidade e o princípio da proporcionalidade. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, n. 1, p. 86, 1999.

GALDÓS, Jorge M. Correo electrónico y responsabilidad. Algunas aproximaciones. Derecho y nuevas tecnologías In: PALAZZI, Pablo A. Derechos personalísimos. *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Buenos Aires, ano 3, n. 4-5, p. 601-675.

GODINHO, Maurício Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 4 mar. 2006.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LAVOR, Francisco Osani de. Indenização do dano moral no processo do trabalho. *Síntese Trabalhista*. São Paulo, n. 136, p. 115-123, out. 2000.

LISBOA, Roberto Senise. Inviolabilidade de Correspondência na Internet. *Revista Direito Eletrônico*. ano 1, n. 1, jul./ago. 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

MASSINI JÚNIOR, Nelson; BEBER, Karolen Gualda. Monitoramento do uso da Internet: como deve agir o empregador. *Comunidade RH Artigos*. Disponível em: <http://carreiras.empregos.com.br/comunidades/rh/artigosmonitoramento>. Acesso em: 2 mar. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, R. B. *Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do quantum*. Campo Grande: UCDB, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 7.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. São Paulo. Saraiva, 1977.

MOTTA, Silvio; DOUGLAS, William. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Impetrus, 2003.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. 5. ed. atual. Londrina: Eduel, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 30. ed., São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil*. Teoria geral do Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. v. 2.

OLIVEIRA, M. G. P. *Dano moral*. Proteção jurídica da consciência. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. A interceptação do correio eletrônico. *Artigos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/correioeletronico>. Acesso em: 2 mar. 2006.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3486>>. Acesso em: 2 mar. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PINTO, C. A. da M. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos *e-mails* no ambiente de trabalho. *Última Instância Revista Jurídica*. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=18505. Acesso em: 2 mar. 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 4 mar. 2006.

SANTOS, A. J. *Dano moral indenizável*. 2. ed., São Paulo: Lejus, 1999.

SEVERO, S. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. De acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. A dignidade da pessoa Humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador. Abrangência e limitações. *Revista LTr*. v. 70, n. 01, p. 65-71, jan. 2006.

_____. *Cooperativas de Trabalho: Terceirização sem intermediação – As cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Rastrear e-mails é permitido. Sem abusos. *Revista ACIM – Legislação*. Maringá, ano 42, nº 448, set. 2005.

_____. Monitoramento de *e-mails* e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador. Abrangência e limitações. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 5, n. 1, p. 115-130, 2005.

SILVA, W. M. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituição de Direito do Trabalho*. 20. ed., atual. São Paulo: LTr, 2002. v. 2.

SÜSSEKIND, Arnaldo; CARVALHO, Luiz Inácio B. Carvalho. *Direito do Trabalho e Previdência Social*. Pareceres. São Paulo: LTr, 2002, v. X.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1997.

VIVIAN, Daniela. Não é assim como parece: a questão do monitoramento do acesso à internet e do e-mail no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 732, 7 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6981>>. Acesso em: 5 mar. 2006.

ZENUN, A. *Dano moral e sua reparação*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANEXOS

Anexo I - Acórdão Inteiro Teor HSBC

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 613/2000-013-10-00

PUBLICAÇÃO: DJ - 10/06/2005

PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7

A C Ó R D Ã O

1ªTurma

JOD/rla/jc

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIALPORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "e-mail" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se cuida de "e-mail" corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Instater presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de "e-mail" de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de

privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nºTST-RR-613/2000-013-10-00.7, em que é Recorrente HSBC SEGUROS BRASIL S.A.e Recorrido ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 531/566, deu provimento parcial ao recurso ordinário da Reclamada para reconhecer a dispensa por justa causa do Reclamante, afastando a condenação em verbas rescisórias e de entrega de guias do seguro-desemprego. Ao recurso ordinário do Reclamante, por sua vez, deu provimento parcial para acrescer à condenação o pagamento de horas extras referentes ao período compreendido entre março de 1997 e junho de 1999.

Interpostos embargos de declaração pelo Reclamante e pela Reclamada, ambos foram conhecidos e parcialmente providos para prestar esclarecimentos (fls. 589/597).

Inconformadas, as partes interpuseram recurso de revista.

O Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento a ambos os recursos. Ao recurso de revista do Reclamante, com apoio nas Súmulas nº 23, 126, 296 e 297 do TST, assim como por inexistência de ofensa direta à Constituição da República. A seu turno, o recurso de revista da Reclamada foi trancado com amparo nas Súmulas nºs 23, 126 e 297 do TST. Entendeu, ainda, que o Eg. Tribunal a quo não negou prestação jurisdicional às partes, apenas decidiu contrariamente aos seus interesses.

Contra essa decisão, ambas as partes interpuseram agravo de instrumento. O Reclamante, alegando que o recurso de revista é admissível por violação a dispositivos constitucionais e legais, bem assim por divergência jurisprudencial. A Reclamada, aduzindo que o recurso é admissível, na forma do disposto nas alíneas "a" e "c" do art. 896 da CLT.

Contraminuta da Reclamada às fls. 698/702.

Contraminuta do Reclamante às fls. 703/710.

É o relatório.

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alega o Reclamante, no recurso de revista, que o Eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar a questão referente à dinâmica da investigação dos "e-mails" e tampouco discorreu acerca da participação das partes que receberam a mensagem eletrônica.

Inconformado, aponta violação aos seguintes preceitos legais: art. 538 do CPC; arts. 769, 832 e 897-A da CLT; arts. 5º, II e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

O inconformismo, contudo, não merece prosperar.

O Eg. Regional, ao apreciar e julgar os embargos de declaração do Reclamante, assim consignou: "No que toca ao rastreamento das mensagens, cumpre lembrar, inicialmente, que o preposto, em depoimento pessoal, detalhou o encadeamento dos fatos e o modus operandi da investigação (a fls. 351/352).

O rastreamento executado pela Reclamada foi explicitado na defesa, a fls.120, e confirmado pelas testemunhas CLAUDEMIR BORIN MEIRA (a fls. 296/297) e GUILHERME DE ALMEIDA MENDES (a fls. 318/319),

Despiciendo discorrer, como pretende o Embargante, sobre a '[...] participação ou envolvimento das partes que as mensagens eletrônicas se dirigiam' nos trabalhos de rastreamento, eis que a sua realização se deu em nível de processamento de dados, internamente na empresa. Tal conclusão está exposta a fls. 537, 2º/5º parágrafos, do acórdão. Improcede a obscuridade apontada no particular." (fl. 593) Diante do quadro ora delineado, não vislumbro nulidade a ser acolhida, tendo-se manifestado o Eg. Regional sobre todos os aspectos relevantes para a solução da lide, conforme o seu livre convencimento motivado (arts.125 e 131 do CPC). O fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Com efeito, observa-se que o v. acórdão recorrido atendeu ao comando do artigo 458 do CPC e ao artigo 832 da CLT, embora de forma diversa da pretendida pelo Reclamante.

Desse modo, incólumes os referidos preceitos legais.

No tocante aos artigos 538 do CPC, 769, 832 e 897-A da CLT e 5º, incisos II e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam, sequer em tese, à arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST:

"Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Conhecimento por violação. Art. 458 CPC ou art. 93, IX CF/1988. (Inserido em 20.11.1997)

Admite-se o conhecimento do recurso, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, por violação do art. 832 da CLT ou do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX da CF/1988.

Inadmissível o recurso de revista, no particular.

2.2. HORAS EXTRAS. DESCONHECIMENTO DA PREPOSTA. CONFISSÃO FICTA

Após detalhada análise do conjunto probatório, o Eg. Tribunal a quo condenou a Reclamada em horas extras, sob os seguintes fundamentos: "No que tange aos cartões de ponto, entendo válidos os registros neles contidos, à vista da constatação de que todos os documentos contêm a assinatura do reclamante e espelham jornadas não rígidas, fato que denota a liberdade do autor em registrar os horários trabalhados. Vale ressaltar que algumas folhas de presença contêm anotações de jornada, ora superior, ora inferior à descrita pela reclamada, circunstância não negada na defesa. Considerando a existência de pagamento de sobre jornada nos contracheques, passo à análise da prova oral, observando, mais uma vez que incumbia ao reclamante provar, de forma inconteste, o cumprimento da jornada descrita na inicial. [...]. Em relação ao período anterior a 28/07/1998, as duas testemunhas do acionante, às fls. 352/353, foram imprecisas na indicação dos horários, valendo frisar que a prova operária cingiu-se a uma jornada média, não a alegada pelo obreiro. Também em relação ao intervalo intrajornada não houve coerência probatória.

Dentro de tal contexto, mereceria provimento o recurso patronal e desprovimento o arrazoado obreiro, que, pela prova testemunhal produzida, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, restando verossímeis as jornadas estampadas nos controles de frequência.

Entretanto, não é o que ocorre. No caso dos autos, a distribuição do ônus da prova resta prejudicada pelo teor das alegações feitas pela preposta ouvida, que revelou desconhecimento da jornada obreira em relação ao período compreendido entre o início da relação de emprego e o mês de junho de 1999. [...]. À vista do §1º do art. 843 consolidado, o preposto deve ter conhecimento dos fatos alegados em juízo, sendo certo que suas declarações obrigam a empresa.

Assim, o preposto está obrigado ao conhecimento de todos os fatos do relacionamento entre empregado e empregador que tenham sido trazidos ajuízo.

Ainda que a inicial descreva jornada rígida durante todo o período ali indicado, fato impugnado pelo empregador, tal horário de trabalho deve preponderar em detrimento do desconhecimento das alegações patronais em juízo por parte da preposta.

Não socorre à reclamada, data vênia, o esforço em fazer crer que a preposta reiterou as jornadas contidas nos cartões de ponto em relação ao período anterior a julho de 1999, pois o desconhecimento revelado encerra inarredável confissão sobre os fatos ignorados." (fls. 549/554)

O Eg. Regional considerou, assim, a Reclamada confessa quanto ao período de março de 1997 (admissão do Reclamante na Empresa) até junho de 1999, inclusive, no tocante à jornada extraordinária declinada na petição inicial.

O Reclamante, nas razões do recurso de revista, sustenta que lhe são devidas todas as horas extras descritas na petição inicial e não somente as trabalhadas no período antes delimitado.

Alega violação aos seguintes preceitos legais: arts. 333, inc. I, 348, 349 e 350 do CPC e art. 818 da CLT. Fundamenta: "Quando o empregador usa da faculdade de se fazer substituir por preposto, este deve conhecer todos os fatos que deram origem ao dissídio (art. 843,§o, da CLT c/c art. 345 do CPC); pois o contrário seria admitir a frustração da norma inserida no art. 848 consolidado.

No caso concreto, não foge à regra, o que resta desconhecido pela preposta na audiência realizada no dia 19/09/2001, deverá ser aplicada a pena de confissão, nos estritos termos dos arts. 343, §2º, CPC c/c art. 769, da CLT, reformando a decisão primária neste particular, para ser deferido todas as horas extras reclamadas na inicial." (fls. 643/644).

O Eg. Tribunal a quo denegou seguimento ao recurso de revista, no particular, com supedâneo no óbice encontrado na Súmula nº 126 do TST.

A decisão há de ser mantida.

Com efeito, constata-se das argumentações do Reclamante a nítida pretensão de revolver a matéria fático-probatória carreada aos autos: requer seja reanalisado o depoimento da preposta para, daí, aferir se esta desconhecia os fatos apenas até junho de 1999, inclusive, ou até o período da dispensado empregado.

Tal análise, entretanto, revela-se inviável em sede de recurso de revista, motivo pelo qual este efetivamente não merecia seguimento.

Incide, no caso, o entendimento consagrado na Súmula 126 desta Eg. Corte.

2.3. PROVA ILÍCITA. JUSTA CAUSA. "E-MAIL". RASTREAMENTO. INTIMIDADE. INVOLABILIDADE. A Empresa ora Agravada despediu o ora Agravante por justa causa, depois de constatar que o Reclamante, no exercício de suas funções, teria expedido comunicações eletrônicas -- e-mail's -- com fotos

pornográficas, utilizando-se do computador e do provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico da empresa que lhe foi disponibilizado para a execução de suas tarefas profissionais.

Insurge-se o Reclamante no tocante à admissão das provas apresentadas pela Reclamada para comprovar a justa causa. Aduz que a Reclamada teria violado o seu "e-mail", sem a sua anuência, contaminando, assim, as provas obtidas mediante esse acesso "ilegal".

O Eg. Tribunal Regional consignou, no particular (sem grifo no original)
"JUSTA CAUSA. MEIO DE PROVA. LICITUDE.

O juízo a quo não acolheu a justa causa pretendida pela reclamada, alegando que as provas obtidas o foram de modo ilegal, com violação ao art. 5º, XXII, da Constituição, razão pela qual condenou a reclamada ao pagamento das seguintes verbas rescisórias de direito.

Renova a reclamada, em sede de recurso ordinário, a tese da justa causa. Diz que o autor utilizou-se indevidamente do correio eletrônico e do e-mail da empresa, os quais foram-lhe concedidos para o exercício regular das suas atividades, para a transmissão de fotos de conteúdo pornográfico.

Aduz, ainda, que existe norma do Banco determinando que e-mail recebido por empregado deverá ficar restrito a assuntos inerentes ao trabalho.

Alega a reclamada que, ainda que assim não se considere, mesmo na hipótese de se entender que tenha sido a prova produzida através de meio ilícito, é importante que seja utilizado no presente caso o princípio da proporcionalidade, de forma a afastar os extremos, qual seja, a total inadmissibilidade da prova considerada ilícita.

Comungo dos fundamentos lançados nas razões de recurso da reclamada acerca do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada.

A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

De acordo com a decisão de 1º grau, a reclamada teria utilizado de meios ilícitos, substanciados no rastreamento do e-mail do reclamante, para descobrir quem teria passado as fotos pornográficas para outras pessoas dentro da empresa.

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o e-mail do reclamante, como o seu próprio provedor.

Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido dos e-mail, por um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.

É importante frisar que o obreiro, em seu depoimento, conforme se vê as fls. 117, não infirmou as alegações patronais no sentido de que a utilização do e-mail estaria restrita para fins de trabalho, tendo em vista ter declarado '... que o depoente não tem certeza se a reclamada tinha restrição em relação ao uso de e-mail para assunto que não de serviço...' Nestas circunstâncias sequer se poderia falar em privacidade; o fato é que a reclamada concedeu ao autor um e-mail com vistas à exclusiva utilização para o trabalho, visto que o provedor era do HSBC.

Não há qualquer violação ao e-mail do reclamante, posto que isto não era de sua propriedade. Sendo o e-mail propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado.

Ocorre que muitos funcionários vem se utilizando da internet e da intranet para fins outros que não os inerentes às atividades da empresa. Tal conduta traduz-se em ato faltoso e, do ponto de vista de muitos juristas, inclusive, enseja dor de rescisão contratual por justa causa. Há que se concordar que tal situação não pode ser enquadrada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal [...].

O legislador constituinte, ao criar este dispositivo, o fez com o intuito de proteger a intimidade das pessoas, em situações que comumente ocorrem em locais privados. Entretanto, é evidente que dentro de uma empresa, onde todos os instrumentos são de sua propriedade e disponibilizados aos empregados com o único objetivo de melhor desenvolverem suas atividades, a situação é diversa, sendo até mesmo óbvio que não exista 'confidencialidade' dentro das empresas e que os usuários, acima de tudo, não confundam sua vida particular com a atividade profissional.

Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta, em regra, responde solidariamente por tal ato. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado.

Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização às informações que tramitam no âmbito da empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso do sistema internet, que pode, inclusive, atentar contra a moral e os bons costumes, causando a imagem da empresa prejuízos de larga monta.

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

Assim, não vejo, com a mesma clareza do Juízo a quo, a suposta violação à garantia da intimidade do reclamante, razão pela qual, no presente caso, não há que se falar na obtenção de provas por meio ilícito." (fls.535/540. Interessante, também, transcrever alguns trechos do voto do Juiz Douglas Alencar Rodrigues, Revisor:

"Sr. Presidente, Estou de acordo com o bem cuidado voto condutor, mas peço permissão para tecer algumas breves considerações apenas acerca da falta grave discutida no recurso empresarial.

Como esclareceu a d. Juíza Relatora, o Banco recorrente deliberou rescindir por falta grave o contrato de trabalho mantido com o Reclamante, após constatar que ele, no exercício de suas funções, fez expedir comunicações eletrônicas - e-mail's - com fotos pornográficas, utilizando-se do computador da empresa, de seu provedor e do próprio endereço eletrônico que lhe foram disponibilizados para a execução de suas atribuições.

A matéria é inédita e suscita uma série infundável de questões, como a que foi tratada na instância primária, envolvendo a natureza ilícita do acervo probatório construído pelo Reclamado, a partir do rastreamento de seu próprio provedor para identificação da unidade responsável pela remessados e-mail's com aquele conteúdo pornográfico.

Na opinião do i. Julgador Primário, porque obtidas a partir da quebra do sigilo de correspondência do Reclamante, as provas obtidas seria ilícitas, por isso não se prestando à justificação da falta grave aplicada, ante a ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da CF.

Penso, porém, que a solução é diversa, reclamando o percurso prejudicial de algumas etapas de raciocínio.

Em primeiro plano, cabe aferir se o e-mail concedido para o exercício funcional pode ou não ser equiparado às correspondências postais e telefônicas e, nessa condição, se estaria alcançado pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Em segundo lugar, se a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas, teria ou não violado alguma garantia constitucional, contaminando as provas obtidas.

E, finalmente, em terceiro plano, cumpre decidir se os fatos apurados justificaram ou não a resolução contratual praticada pelo Reclamado.

Em relação ao primeiro aspecto, não vejo, com todas as venias devidas a oi. Juízo Primário, como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador.

Relembro, inicialmente, que o art. 5º, inciso IX, da CF consagra a todos os cidadãos a liberdade de expressão comunicativa, independentemente de censura ou licença, igualmente assegurando, em seu inciso X, a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a previsão de indenização quando violadas.

Preconiza, também, o inc. XII do mesmo art. 5º da CF [...].

No caso concreto, contudo, nenhum desses dispositivos restou malferido, como passo a evidenciar.

Definitivamente, não há como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho.

Titular do poder diretivo, o empregador assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas por seus empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas. [...]

Parece certo, portanto, que, na ausência de regras expressas que viabilizem a utilização dos equipamentos da empresa para fins privados, não há como admitir sejam eles manipulados com esse propósito, a tal modo que se possa reconhecer ao empregado direito ao sigilo de correspondência eletrônica.

Muito embora dos autos aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão, o que poderia sugerir a inexistência de qualquer restrição para a utilização do e-mail para fins pessoais, é certo que - como consignado no parecer ministerial emitido em sessão - em todos os e-mail's acionados pelos

empregados do Reclamado consta um breve texto em inglês, ressaltando o caráter confidencial das comunicações trocadas por aquele sistema eletrônico e a nota de que deveriam restituir mensagens recebidas com equívoco, apagando-as em seguida do próprio programa de comunicação.

Ainda que fosse absolutamente silente o contrato ou os sistemas operados, é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis.

Considerando os objetivos que justificaram a concessão de e-mail pelo Reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF. [...]

Seja como for, não sendo possível, na visão deste juízo (CPC, art. 131), reconhecer privacidade no sistema de comunicação eletrônico disponibilizado pelo Reclamado para a execução pelo Reclamante de suas atividades profissionais, resta claro que a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, não violou qualquer garantia constitucional, tampouco contaminando as provas colhidas pela empresa, ao contrário do que inteligiu o d. juízo primário.

Fixadas essas premissas, tenho como nítida a prática de ato suscetível de autorizar a resolução do contrato, por mau procedimento, [...].

Merece, pois, provimento a irresignação patronal.

Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).

Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de fotos pornográficas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando a resolução do pacto laboral.

Com essas breves considerações, acompanho o voto condutor.

É como voto, Sr. Presidente."

Sustenta o Reclamante no recurso de revista que o Eg. Tribunal a quo teria violado o art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal, particularmente ao admitir as provas ilícitas apresentadas pela Reclamada.

Argumenta o Agravante:

"Temos que a prova produzida pela empresa para substanciar a censurável justa causa alegada em sua defesa e reconhecida pelo Regional, não pode ser admitida em juízo, pois totalmente contaminada, em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a Correspondência do Autor. [...]

Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (e-mail) - o que abrange o conhecimento das fotos a ela anexadas - foi feito sem a

participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia eletrônica, o que, por si só, caracteriza violação da correspondência e a quebra da legalidade. Apesar de o Reclamado ter dito que a conta de e-mail por ela fornecida ao Autor foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, isso não significa dizer que o autorizaria quebrar o sigilo da correspondência e ter acesso ao teor dos *e-mails* do Recorrente sem sua anuência, ou de algum dos integrantes da cadeia. [...]

O fato do (sic) Autor descumprir a determinação do Reclamado para somente usar sua conta de e-mail para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão contratual por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o Reclamado teve acesso ao teor do e-mail, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 5º, LVI c/c art. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII)." (fls. 634/636).

A peculiaridade e a estupenda relevância do presente caso recomendam uma abordagem particularizada dos seus múltiplos aspectos.

2.3.1 A INTERNET NO AMBIENTE DE TRABALHO.

Sabe-se que a Internet e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas Empresas, que se utilizam desse novo meio de comunicação para desenvolver os meios de produção, proporcionando, dentre outras vantagens, maior eficiência para as suas atividades.

O número expressivo de empregados trabalhando on-line é uma indicação clara da eficiência e utilidade das comunicações eletrônicas, tais como "e-mail" e acesso à Internet para fins profissionais. De baixo custo e rápidas, as comunicações eletrônicas podem melhorar a eficiência e produtividade dos empregados, propiciando formas convenientes de comunicação com clientes, colegas de trabalho, além de transmissão de informações de modo infinitamente mais eficiente. Dadas as óbvias vantagens, inquestionável o fato de as empresas estarem cada vez mais lançando mão de tais recursos tecnológicos.

Sabe-se, todavia, que alguns empregados, com relativa freqüência, abusam na operação do e-mail corporativo e da própria Internet, sob múltiplas formas, bem conhecidas: envio a terceiros de fotos pornográficas ou a divulgação de mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo empresarial, ou contendo vírus etc. Outras vezes o empregado, em terminal de computador da empresa, no horário de trabalho, vale-se da Internet para baixar músicas e filmes, ou acessa sites "adultos" e, enfim, consome tempo e recursos preciosos do empregador, para tratar de assuntos não relacionados ao serviço, acarretando sensível queda da produtividade, quando não lentidão no sistema de informática da empresa.

Essas e muitas outras situações bem conhecidas denotam que a tecnologia da Internet, mormente da correspondência eletrônica, com seus encantos e mazelas, tem suscitado um elenco infindável de tormentosas e atormentadoras questões jurídicas.

Uma de tais questões consiste em saber se o empregador tem direito de rastrear ou monitorar o e-mail corporativo disponibilizado ao empregado para uso em serviço e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida, destinada à apuração de justa causa em processo judicial.

3.2.2 "E-MAIL" CORPORATIVO E "E-MAIL" PARTICULAR.

Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita.

Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o "e-mail" apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema ("O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho". São Paulo: LTr,2004, p. 64).

Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: "e-mail" particular ou pessoal do empregado e "e-mail" corporativo.

No caso de "e-mail" particular ou pessoal do empregado -- em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador - - ninguém pode exercer controle algum de conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação dedados em e-mail particular.

Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado e-mail corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa.

O "e-mail" corporativo distingue-se do e-mail pessoal ou particular do Empregado, na medida em que aquele equivale a uma ferramenta de trabalho que a própria Empresa coloca à sua disposição para utilização em serviço.

O "e-mail" corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética.

A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de e-mail não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio empregador utilizada para evitar que terceiros, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de e-mail da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos internos e confidenciais.

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização comedida do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do e-mail corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico.

Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do e-mail corporativo na empresa.

Cumpra ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência em relação ao empregado, no tocante ao uso do e-mail corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade.

Se o e-mail é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional. Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins pessoais, muito menos para provocar prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade.

Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o e-mail corporativo, poderá a Empresa, em tese, responder perante terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia coma utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III).

Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra BELMONTE:

"Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e *e-mails* diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa.

No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados Legal Disclaimers ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abaloamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto."(IN: MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, LTr, 2004, p. 113).

3.2.3 MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO NO DIREITO COMPARADO

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

Em termos legislativos, o Reino Unido é o País que mais evoluiu nesta área: o Parlamento aprovou lei, conhecida como RIP (Regulation of Investigatory Powers Act), que autoriza os empregadores, desde 24/10/2000, a promover o monitoramento de *e-mails* e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais:

"(3) Conduct consisting in the interception of a communication is authorised by this section if - (a) it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and (b) it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services." (Part I, Chapter 1, Section 3)² Mais adiante dispõe ainda a referida Lei inglesa: "(3) Nothing in any regulations under sub section (2) shall authorise the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business." (Part I, Chapter 1, Section 4)³ Nos Estados Unidos da América, há diversos precedentes que, a meu ver, merecem realce.

A Eg. Corte Suprema dos Estados Unidos analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso *O'Connor v. Ortega*. (480 U.S., 107 S.Ct. 1492, 94 L.Ed.2d 714 - de 1987).

À época, a Eg. Suprema Corte Norte-Americana reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de proteção legal. Entretanto, deve-se ponderar esta privacidade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho.

A Eg. Corte assentou que, em certas áreas, os empregados podem ter uma razoável expectativa de privacidade (*expectation of privacy*). Mas, ressalva-se, nunca de forma absoluta:

"The decision recognized that with the question of privacy in the workplace there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is

a question of specific practice within the employee's workplace, and the issue of whether an employee has a reasonable expectation of privacy 'must be addressed on a case-by-case basis'." (Id. IN 716, 1497). Sob tal entendimento, diversos cidadãos daquele País moveram ações em desfavor do empregador ao argumento de que este, supostamente, teria violado sua privacidade ao monitorar o e-mail corporativo.

A maioria das Cortes americanas, porém, tende a assentar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador, não tem expectativa de privacidade quanto a esta.

Vale dizer: tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador, os referidos Tribunais americanos vêm consignando que o empregado não tem razoável expectativa de privacidade quanto à utilização do e-mail corporativo e do acesso à Internet através do sistema operacional da empresa. Acentuam, inclusive, que mesmo que houvesse uma razoável expectativa de privacidade, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do e-mail da empresa e dos sistemas de Internet.

No leading case de *Smyth v. Pillsbury Co.*, determinado Empregado alegou que havia sido dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade teria sido violada.

Neste caso, a Eg. United States Court for the Eastern District of Pennsylvania entendeu que o Empregado havia enviado várias mensagens de e-mail através do sistema da Empresa, que vieram a ser acessadas pelo seu Empregador, sem a sua anuência. Devido ao conteúdo impróprio destas mensagens, o Empregador rescindiu o contrato de emprego.

Esta Eg. Corte da Pennsylvania, entretanto, negou procedência ao pedido do Empregado, a despeito de resultar comprovado que o Empregador havia reiterado aos seus Empregados que o e-mail poderia ser utilizado para fins pessoais e que as mensagens não seriam, em momento algum, interceptadas, mantendo-se confidenciais.

A aludida Corte americana entendeu que, mesmo com as referidas concessões do Empregador, o Empregado não tinha expectativa de privacidade ao utilizar o sistema da empresa para enviar suas mensagens de e-mail.

Releva transcrever alguns trechos da decisão em apreço: Liability only attaches when the "intrusion is substantial and would be highly offensive to the 'ordinary reasonable person.'" *Borse*, 963 F.2d at 621 (citation omitted). Although the Court of Appeals in *Borse* observed that "the Pennsylvania courts have not had occasion to consider whether an invasion of an employee's privacy is charge related to an employer's tortious invasion of an employee's privacy violates public policy", the Court of Appeals predicted that in any claim where the employee claimed that his discharge related to an invasion of his privacy "the Pennsylvania Supreme Court would examine the facts and circumstances surrounding the alleged invasion of privacy. If the court determined that the discharge was related to a substantial and highly offensive invasion of the employee's privacy, believe that it would conclude that the discharge violated public policy." Id. at 622. In determining whether an alleged invasion of privacy is substantial and highly offensive to a reasonable person, the Court of Appeals predicted that Pennsylvania would adopt a balancing test which balances the employee's privacy interest against the employer's interest in maintaining a drug-free workplace. Id. at 625. Because the Court of Appeals in *Borse* could "envision at least two ways in which an employer's drug and alcohol program might violate the

public policy protecting individuals from tortious invasion of privacy by private actors" *id.* at 626, the Court vacated the district court's order dismissing the plaintiff's complaint and remanded the case to the district court with directions to grant Borse leave to amend the Complaint to allege how the defendant's drug and alcohol program violates her right to privacy.

Applying the Restatement definition of the tort of intrusion upon seclusion to the facts and circumstances of the case *sub judice*, we find that plaintiff has failed to state a claim upon which relief can be granted. In the first instance, unlike urinalysis and personal property searches, we do not find a reasonable expectation of privacy in e-mail communications voluntarily made by an employee to his supervisor over the company e-mail system notwithstanding any assurances that such communications would not be intercepted by management. Once plaintiff communicated the alleged unprofessional comments to a second person (his supervisor) over an e-mail system which was apparently utilized by the entire company, any reasonable expectation of privacy was lost. Significantly, the defendant did not require plaintiff, as in the case of an urinalysis or personal property search to disclose any personal information about himself. Rather, plaintiff voluntarily communicated the alleged unprofessional comments over the company e-mail system. We find no privacy interests in such communications.

In the second instance, even if we found that an employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we do not find that a reasonable person would consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of his privacy. Again, we note that by intercepting such communications, the company is not, as in the case of urinalysis or personal property searches, requiring the employee to disclose any personal information about himself or invading the employee's person or personal effects. Moreover, the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments.

In sum, we find that the defendant's actions did not tortiously invade the plaintiff's privacy and, therefore, did not violate public policy. As a result, the motion to dismiss is granted. (*Smyth v. Pillsbury Co.*, 914 F.Supp. 97, 100 - E.D. Pa. 1996) Outro caso famoso ocorreu no Estado do Texas, onde o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas também se posicionou favoravelmente em relação ao Empregador.

No aludido processo, independentemente de a Empresa Microsoft haver providenciado ao Empregado uma senha de acesso para o e-mail e uma pasta pessoal para arquivar suas mensagens, a Eg. Corte do Texas também decidiu que ao Empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens arquivadas dentro daquela pasta ou dentro de sua caixa de e-mail.

A mencionada conclusão fundou-se no argumento de que as mensagens de e-mail primeiro teriam circulado dentro de vários pontos do sistema de e-mail da Microsoft, onde poderiam ser acessadas a qualquer hora pela Empresa e, somente depois, viriam a compor a esfera privada do Empregado. Importa transcrever o seguinte trecho da decisão: "As asserted by McLaren in his petition, e-mail was delivered to the server-based "inbox" and was stored there to read. McLaren could leave his e-mail on the server or he could move the message to a different location. According to McLaren, his practice was to store his e-mail messages in "personal folders." Even so, any e-mail messages stored in McLaren's personal folders were first transmitted over the network and were at some point accessible by a third-party. Given these

circumstances, we cannot conclude that McLaren, even by creating a personal password, manifested --and Microsoft recognized -- a reasonable expectation of privacy in the contents of the e-mail messages such that Microsoft was precluded from reviewing the messages." (Case n° 05-97-00824, 1999 Tex.App.Lexis 4103 - Tex. Cr. Of App., May 1999) A Eg. Court of Appeal of the State of California, por sua vez, no caso Bourke v. Nissan Motor Corporation, manifestou-se no mesmo sentido: Whether an individual's constitutional right to privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed. (Alarcon v. Murphy (1988) 201 Cal.App.3d1, 5; People ex rel. Franchise Tax Bd. v. Superior Court (1985)164 Cal.App.3d 526, 540-541.) Nissan maintains that the evidence conclusively establishes that plaintiffs had no reasonable expectation of privacy in their E-mail messages. In support Of this contention, they cite the following undisputed facts: (1) Plaintiff seach signed a Computer User Registration Form, which states that "[I]tis company policy that employees and contractors restrict their use of company-owned computer hardware and software to company business." (2) In November or December of 1989, more than a year before her termination, Hall learned from co-workers that E-mail messages were, from time to time, read by individuals other than the intended recipient. Hall relayed this information to Bourke in March of 1990. (3) In June 1990, a full six months before Bourke's termination, a fellow employee, Lori Eaton, contacted Bourke to complain about the personal, sexual nature of Bourke's E-mail message which Eaton had retrieved for demonstration purposes during a training session at an Infiniti dealership.

Nissan contends that the foregoing uncontroverted facts regarding plaintiffs knowledge that E-mail messages could in fact be read without the author's knowledge or consent establishes as a matter of law that plaintiffs had no objectively reasonable expectation of privacy in those messages. In contradiction of that conclusion, plaintiffs assert that they had such an expectation because they were given passwords to access the computer system and were told to safeguard their passwords. While plaintiffs' statements that they believed that their E-mail messages would remain private may be sufficient, on a motion for summary judgment, to raise the issue of plaintiffs' subjective understanding, the question presented to us is whether their expectations of privacy were objectively reasonable as a matter of law. We agree with the trial court that they were not.

In the absence of a reasonable expectation of privacy, there can be no violation of the right to privacy. (Alarcon v. Murphy, supra, 201Cal.App.3d 1, 5.) Thus, plaintiffs' causes of actions for common law invasion of privacy and violation of the constitutional right to privacy were properly dismissed on summary judgment. (Case n° B068705 - July 2003). Abraçaram igualmente tal diretriz os seguintes precedentes norte-americanos: Restuccia v. Burk Technology, Inc., julgado pela Eg. Supreme Judicial Court of Massachusetts em 12/08/96; Fraser v. Nation wide Life Insurance Co., julgado pela Eg. United States Court of Appels for the Third Circuit em 23/06/03. Perceba-se, assim, dessa rápida menção ao Direito Comparado, que dois País paladinos do respeito às liberdades civis e aos direitos e garantias individuais do cidadão -- EUA e Reino Unido --- não ousaram estender ao e-mail corporativo a proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade. No Brasil, penso que não há razão para adotar solução diferente.

Sem mais, é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do princípio da

proporcionalidade como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

KARL LARENZ, em clássica obra, após assinalar que se alude ao princípio da proporcionalidade para designar "las limitaciones o desventajas, que alguien tiene que tolerar en un caso concreto, en interés de otro o de la generalidad" e depois de referir ao "principio de que la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección otro bien o de un interés de mayor peso", arremata: "El principio de proporcionalidad suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra. Ello significa, ante todo, que 'los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular'. Con el rasero de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional federal mide, entre otras cosas, la necesidad y la duración de la prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia, indudablemente conecta con la idea de 'moderación' y de 'medida justa' en el sentido de equilibrio." (Derecho Justo, Civitas, 1985, pag. 144/145).

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

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

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

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

Tecidas essas considerações, passo ao exame objetivo do agravo de instrumento do Reclamante.

A insurgência do Agravante não merece prosperar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art.5º, LVI), por isso que, sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa, meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional.

O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível.

Nego provimento ao agravo de instrumento do Reclamante.

B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conforme fundamentos expostos em item anterior, o Eg. Tribunal a quo acolheu o pedido de pagamento de horas extras, referentes ao período entre março de 1997 a junho de 1999, conforme jornada descrita na petição inicial, ao fundamento de que a preposta revelou desconhecimento da jornada de labor efetiva do Reclamante no aludido período.

A Reclamada, no recurso de revista, aponta violação ao artigo 333, incisos I e II, do CPC e ao artigo 843, § 1º, da CLT. Sustenta que o desconhecimento dos fatos, por parte da preposta, acarreta confissão ficta que, por sua vez, poderá ser infirmada mediante prova em contrário.

Aduz, ainda, que o próprio Eg. Regional considerou válidos os cartões de ponto carreados aos autos, porquanto a prova testemunhal não se mostrou suficiente para afastar a fidelidade dos registros.

Traz arestos para confronto.

Assiste razão à Reclamada, ora Agravante.

Conforme visto, o próprio Eg. Regional acentuou que a Reclamada produziu prova válida e idônea da jornada de labor do Empregado, no caso os cartões de ponto assinados pelo Reclamante.

Não obstante, constata-se dos fundamentos do v. acórdão regional que a condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras, no período entre março de 1997 a junho de 1999, fundou-se, tão-somente, no fato de a preposta não ter demonstrado conhecimento de todos os fatos controvertidos.

Por conseguinte, o Eg. Regional presumiu, de forma absoluta, que a circunstância de a preposta desconhecer a jornada de trabalho do Reclamante seria o suficiente para afastar todo o conjunto probatório dos autos e para permitir o reconhecimento da jornada declinada na petição inicial.

Ora, a confissão tácita decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário.

Nada obsta, desse modo, a que o órgão julgante, a despeito da confissão tácita em apreço, rejeite o pleito das horas extras em conformidade com a jornada declinada pelo Reclamante na petição inicial, se as folhas individuais de presença carreadas aos autos registram jornada diversa, com intervalo e marcação de horários extras, e o Reclamante, por qualquer outro meio de prova, não consegue demonstrar a prestação das horas extraordinárias postuladas.

Desse modo, o Eg. Regional, ao não acolher o pedido de horas extras, com amparo nas folhas individuais de presença carreadas aos autos, cuja idoneidade não foi desconstituída, afrontou o artigo 843, § 1º, da CLT.

Tal dispositivo legal não reza que o desconhecimento de fatos controvertidos e relevantes pelo preposto gera presunção absoluta das alegações da parte contrária.

Nesta diretriz, o seguinte precedente desta Eg. Corte: "PREPOSTO. CONFISSÃO FICTA. DESCONHECIMENTO DE FATOS. PRESUNÇÃO RELATIVA 1. A confissão ficta decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário. 2. Nada obsta a que o órgão julgante, a despeito da confissão ficta em apreço no tocante à efetiva jornada de labor, rejeite o pleito de horas extras se as folhas individuais de presença carreadas aos autos registram jornada normal do empregado, com intervalo e marcação de horários extras, e o Reclamante, por qualquer outro meio de prova, não demonstra a prestação das horas extraordinárias postuladas. Inexistência de afronta ao art. 334, II, do CPC. 3. Recurso de revista de que não se conhece." (TST-RR-803831/2001, DJ de 03/12/2004, Ministro Relator JOÃO ORESTE DALAZEN).

Portanto, admito o recurso de revista, na forma da alínea "b" do art. 896 da CLT, por vulneração ao artigo 843, § 1º, da CLT.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso de revista interposto pela Reclamada.

Com fulcro no artigo 897, § 7º, da CLT (Lei nº 9.756/98), passo, desde logo, ao julgamento do recurso principal ora admitido, uma vez observadas as formalidades

traçadas na Resolução Administrativa nº 736/2000 do TST (DJU 11.10.2000, P. 279/280).

B) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alega a Reclamada, no recurso de revista, que o Eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar as seguintes questões: quanto à inexistência de atestado médico nos autos, referente aos dias 5, 6 e 7 de outubro de 1998; e quanto à juntada de cartões de ponto válidos, elidindo a condenação em horas extras, no período de março de 1997 a junho de 1999.

Aponta vulneração ao artigo 832 da CLT, e ao artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal.

Não assiste razão à Reclamada, Com efeito, o Eg. Regional, ao apreciar e julgar o recurso ordinário da Reclamada, analisou todo o conjunto probatório carreado aos autos e apenas não acolheu os seus argumentos.

Não vislumbro nulidade a ser declarada, porquanto o v. acórdão regional emitiu pronunciamento a respeito do tema cuja omissão se alega, consignando que resultou comprovada a emissão de atestado médico, assim como se manifestou acerca dos cartões de ponto trazidos pela Reclamada.

Como já assentado em item anterior, o fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Assim, não diviso violação aos artigos 832 da CLT, e 93, IX, da Constituição da República.

No tocante ao artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam à argüição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST.

Não conheço, pois, do recurso de revista.

1.2. ATESTADO MÉDICO. IMPUGNAÇÃO

No particular, o Eg. Regional consignou:

"Recorre a Reclamada contra a condenação ao pagamento do período que vai de 05 a 07/10/1998, alegando que o Reclamante não deu ciência a ela da sua condição.

O ônus de provar o fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito era da Reclamada (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 333, II) e esta não se desincumbiu de tal tarefa.

Admitido pela Reclamada o trabalho no período de 05 a 07 de outubro de 1998 (às fls. 455) e comprovada a emissão de atestado médico próprio (às fls. 104), não impugnado, tem-se que restou observado o mister do recorrido.

Acertada a decisão primária, pelo que merece ser mantida neste item."(g.n.) (fl. 544)
No recurso de revista, a Reclamada sustenta violação aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Aduz que o Reclamante não juntou o atestado médico aos autos, sendo indevida a condenação da Empresa-Agravante no tocante ao período de 5 a 7 de outubro de 1998.

A irresignação, contudo, resulta infundada.

Com efeito, o Eg. Regional, analisando as provas carreadas aos autos, assentou que o Reclamante havia efetivamente trabalhado no referido período e, também, comprovado a emissão do atestado médico.

Inviável, em sede de cognição extraordinária e restrita, o Eg. TST reexaminar a matéria, sob pena de contrariedade à Súmula nº 126/TST.

Não conheço, portanto, do recurso de revista.

1.3. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. CONFISSÃO. PREPOSTO. DESCONHECIMENTO DOS FATOS

Conheço do recurso de revista, no particular, por violação ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, remetendo para tal, aos fundamentos expendidos no julgamento do agravo de instrumento da Reclamada.

2. MÉRITO DO RECURSO DE REVISTA

Como corolário do conhecimento por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, dou parcial provimento ao recurso de revista da Reclamada para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, negar provimento ao agravo de instrumento do Reclamante e dar provimento ao agravo de instrumento da Reclamada, determinando o processamento do recurso de revista; conhecer do recurso de revista da Reclamada, por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

Brasília, 18 de maio de 2005.

JOÃO ORESTE DALAZEN

Ministro Relator

Anexo II - Resolução da FINEP - Normas para Utilização do Correio Eletrônico

A DIRETORIA EXECUTIVA da FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS - FINEP, no uso de suas atribuições,

RESOLVE:

1. APROVAR as normas anexas destinadas a disciplinarem a utilização do correio eletrônico da FINEP.
2. DELEGAR poderes ao Superintendente da Área de Gestão Corporativa para, em conjunto com o Superintendente da Área Jurídica, dirimir dúvidas quanto a sua aplicação, e propor aperfeiçoamentos.
3. Em caso de violação da norma, as sanções cabíveis serão estabelecidas conjuntamente pelos titulares da Área de Gestão Corporativa e da Área encarregada de supervisionar os trabalhos do remetente da mensagem, mediante prévia audiência do Superintendente da Área Jurídica.
4. DELEGAR competência ao Comitê Gerencial para definir os procedimentos relacionados com a autorização de chaves para instituições ou pessoas físicas que não integrem o quadro permanente da FINEP, bem como para deliberar sobre os casos omissos.

NORMA PARA UTILIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO

1. Fica assegurado aos empregados da FINEP acesso ao correio eletrônico, por meio de chave e senha individuais.
2. Pessoas não pertencentes ao quadro de empregados (prestadores de serviço, estagiários, consultores etc.) poderão ter acesso ao ambiente de correio eletrônico, através de chaves e senhas próprias disponibilizadas para tal fim, mediante autorização da Administração da Empresa. O acesso previsto neste item será assegurado exclusivamente pelo período em que essas pessoas mantiverem, com a FINEP, o vínculo que originou a concessão, devendo elas serem informadas acerca do conteúdo desta norma e de sua sujeição a penalidades idênticas àquelas aplicáveis aos empregados da FINEP.
3. Instituições cujo objeto social tenha vínculo com a FINEP (FIPECq, AFIN e PROFINEP, por exemplo) poderão também ter acesso ao ambiente de correio eletrônico, através da disponibilização de chaves e senhas próprias, mediante solicitação formal à Administração da Empresa, exclusivamente para fins de divulgação de assuntos de caráter institucional e de informação aos funcionários.
4. Considera-se usuário do correio eletrônico da FINEP qualquer indivíduo ou instituição que utilize este ambiente através de chave e senha de acesso autorizada pela Empresa.
5. Qualquer usuário do correio eletrônico da FINEP, identificado por meio de chave individual, deverá observar as normas ora estabelecidas e zelar pelo seu cumprimento, sob pena de, em caso de violação, sujeitar-se o infrator a ações disciplinares ou de responsabilidade, civis ou penais, envolvendo inclusive perda de acesso ao correio eletrônico.

6. É proibido o uso ou a tentativa de uso de chave ou senha de outro usuário para envio ou violação de mensagens.
7. O usuário deverá manter segredo de sua senha de acesso ao Correio Eletrônico, de forma a impedir o seu uso indevido, pois ela é o instrumento que garante a autenticidade e a autoria das mensagens.
8. Respeitadas as necessidades de trabalho, deve ser evitado o envio de mensagens a vários destinatários.
9. O correio eletrônico deve ser utilizado unicamente para atender às necessidades de trabalho, sendo permitido, todavia, o seu uso ocasional para fins particulares, desde que não comprometa nem fira a imagem e os interesses da FINEP.
10. Não é permitido o envio de mensagens do tipo corrente, através de listas de destinatários, bem como as de cunho religioso ou político.
11. Não é permitida a difusão de mensagens: caluniosas, difamatórias ou injuriosas; que contenham informações falsas; que contenham ameaça à integridade física, moral ou psicológica; que induzam a qualquer tipo de discriminação por motivo de idade, sexo, raça, cor, religião, etnia, idade ou condição social; disseminadoras de qualquer tipo de vírus.
12. É proibida a violação ou tentativa de violação de mecanismos de proteção da rede da FINEP.
13. Não é permitido o envio de informações confidenciais para usuários, internos ou externos, pessoas físicas ou jurídicas, sem a autorização do Superintendente da Área envolvida.
14. Não é permitido o envio de opiniões pessoais para os meios de comunicação externos.
15. O ambiente de correio eletrônico do usuário é, em princípio, inviolável. Contudo, é importante ressaltar que as mensagens que transitarem na rede, mesmo as de cunho particular, pertencem exclusivamente à FINEP e, por esse motivo, poderão ser acessadas para fins de auditoria em casos específicos, quando julgado necessário e autorizado pelo Superintendente da Área envolvida.
16. Finalmente, os usuários do correio eletrônico disponibilizado pela FINEP devem ter em conta que quaisquer críticas ou sugestões à condução dos trabalhos da empresa serão sempre bem-vindas, desde que dirigidas exclusivamente ao responsável pela atividade ou a seu superior hierárquico.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)