

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “LATO-SENSU” EM DIREITO E
PROCESSO DO TRABALHO**

**USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE
TRABALHO E A CARACTERIZAÇÃO DA JUSTA CAUSA.**

FERNANDO RUBIO BRAIT

SÃO PAULO

2013

FERNANDO RUBIO BRAIT

**USO INDEVIDO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE
TRABALHO E A CARACTERIZAÇÃO DA JUSTA CAUSA.**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.

Orientador Profº Ms. Marcelo Morelatti Valença

SÃO PAULO

2013

Dedico este trabalho aos meus pais, Sergio e Carmen, pelo apoio constante e incondicional na minha formação acadêmica e pessoal; à minha esposa Juliana, por toda dedicação e por me fazer uma pessoa melhor; ao meu filho Thomaz, razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao amigo Alessandro Tomao pela idéia, conhecimentos e matérias que colaboraram para a elaboração desta monografia.

Ao amigo Renato Eduardo da Silva por dividir comigo seus conhecimentos na elaboração de uma monografia.

Ao amigo Roberto Setubal pelo apoio e incentivo, que me permitiram a conclusão deste curso de Pós-Graduação.

Aos grandes amigos desta Pós-Graduação, Gustavo, Tiago e Alessandro pelo companheirismo e momentos de descontração.

*"Nosso caráter é resultado de nossa
conduta."*

(Aristóteles)

RESUMO

Atualmente, o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho tornou-se essencial para a execução das tarefas dos trabalhadores. Todavia, essa ferramenta, a qual é fornecida pelo empregador para o trabalho, por vezes é utilizada de forma indevida pelos empregados. Em razão da crescente discussão desta matéria em nossos Tribunais, aliado aos interesses atuais da sociedade no mercado de trabalho deu-se a idéia deste estudo. A presente monografia estuda acerca de dois temas extremamente relevantes, no que se refere ao contrato de trabalho: o direito à intimidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Faz-se necessário, na hipótese do empregador monitorar ou fiscalizar o uso dessa ferramenta, analisarmos a questão da violação ou não, do direito à intimidade previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, “caput” , inciso X, e do direito à inviolabilidade ao sigilo de correspondências, disposto no inciso XII. Posteriormente, ficando caracterizado que não há violação dos direitos acima descritos, quando do monitoramento ou fiscalização dessa ferramenta e havendo conduta diversa às normas internas estabelecidas pelo empregador para uso do e-mail corporativo, cometeria ou não o empregado, falta grave passível de dispensa por justa causa, conforme dispostos nos incisos do art. 482, da CLT.

Palavras-Chave: Correio Eletrônico; Direitos de Personalidade; Poder do Empregador; Fiscalização do Correio Eletrônico.

ABSTRACT

Nowadays, the e-mail's use into work environment became essential for the workers' tasks. However, this tool, which is provided by the employer to the work, sometimes it is used as improper by the employees. This study appears due to an increasing quarrel in our Courts, and to the current interests of the society on the work market. The present monograph studies about two extremely excellent subjects regarding to the work's contract: the employee's privacy right and the employer's directive power. It is necessary to make the employer's hypothesis to monitor the use of this tool, analyze the violation's question or not, the right to the privacy foreseen in the Federal Constitution, on its art. 5^o, "caput", section X, and of the inviolability's right to the correspondences' secrecy as put into section XII. If it is characterized later that it didn't have violation of the above described rights, when this tool is monitored and there is a diverse behavior to the internal norms established by the employer for using the corporative e-mail, the employee would do or not any mistake that justifies his dismissal as justified cause into sections of the article 482, into Labor Code.

Keywords: E-mail; Personality's Rights; Employer's Power; E-mail's monitoring.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PODERES DO EMPREGADOR.....	11
1.1. Poder de Organização.....	12
1.2. Poder de Fiscalização	12
1.3. Poder Disciplinar	12
1.4. Jurisprudências	14
2. DIREITOS DA PERSONALIDADE	15
2.1. Classificações dos direitos da personalidade	15
2.1.1. O direito à intimidade	16
2.1.2. O direito à intimidade no Brasil	17
2.1.2.1. Características do direito à intimidade.....	18
2.1.2.2. Os limites do direito à intimidade.....	19
2.2. Jurisprudências	20
3. CONFLITO DOS DIREITOS.....	22
3.1. Conflito aparente	23
3.2. Conflito efetivo.....	23
3.3. Princípio da Proporcionalidade.....	24
4. JUSTA CAUSA	26
4.1. Conceito	26

4.2. A justa causa na legislação	27
4.2.1. Ato de improbidade	28
4.2.2. Incontinência de conduta ou mau procedimento	29
4.2.3. Negociação habitual.....	30
4.2.4. Condenação criminal.....	31
4.2.5. Desídia no desempenho das respectivas funções	32
4.2.6. Embriaguez	33
4.2.7. Violação de segredo da empresa.....	34
4.2.8. Ato de indisciplina ou de insubordinação	34
4.2.9. Abandono de emprego.....	36
4.2.10. Ato lesivo da honra ou da boa fama.....	36
4.2.11. Prática constante de jogos de azar	38
4.2.12. Atos atentatórios à segurança nacional	38
4.2. Jurisprudências	39
5. CORREIO ELETRÔNICO	41
5.1. Noções gerais sobre o correio eletrônico	41
5.2. A fiscalização do correio eletrônico pelo empregador	41
5.3. Jurisprudências	47
6. CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

No mundo globalizado, torna-se cada vez mais eficaz a utilização do correio eletrônico como meio de comunicação, sendo imprescindível o uso desta ferramenta para se otimizar custos e tempo, nas empresas.

O correio eletrônico foi criado por Ray Tomlison na década de 70, nos Estados Unidos da América, a transmissão de uma mensagem efetuada de um computador para outro talvez não tivesse, na cabeça de seu criador, a importância que tem hoje em dia.

Considerado um dos ícones da comunicação moderna, atualmente milhões de pessoas no mundo usam este recurso, pois com um computador ligado em rede, um programa de transmissão de dados e um *modem* para a linha telefônica, uma pessoa poderá se comunicar com qualquer outra pessoa no mundo (independente de sua localização). O correio eletrônico apresenta as seguintes vantagens: facilidade no arquivamento das mensagens, confiabilidade na recepção e envio de mensagens, rapidez e custo baixo.

Desde sua criação, o correio eletrônico vem passando por crescente expansão.

Diante dessa expansão, é comum o uso do correio eletrônico para fins particulares no ambiente de trabalho e principalmente em equipamentos fornecidos pelo empregador, para o trabalho.

Portanto, tornou-se necessário o monitoramento do uso de correio eletrônico no ambiente de trabalho, pelo empregador, que por sua vez, não poderá sofrer sanções por tal ato.

O estudo do monitoramento do correio eletrônico pelo empregador é de significativa importância para solução das controvérsias que o tema apresenta.

A Constituição Federal prevê o sigilo e inviolabilidade das correspondências, porém o tema não se trata de inviolabilidade de correspondência e sim do monitoramento do uso de equipamentos fornecidos pelo empregado.

Trata-se de um tema relevante para a ciência do Direito e em especial ao Direito do Trabalho.

Por meio desse estudo, poderemos analisar e estabelecer critérios de utilização para fins particulares pelo empregados dos equipamentos fornecidos pelo empregador. E ainda, a criação de sanções administrativas para o uso indevido dessa ferramenta.

O tema mostra-se viável, pois permite uma extensa pesquisa sobre o posicionamento da doutrina e jurisprudência e vai ao encontro dos interesses atuais da sociedade no mercado de trabalho.

1. PODERES DO EMPREGADOR

Disposto nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e sustentado pela subordinação, o poder disciplinar está baseado na relação entre empregador e empregado. Referidos artigos discorrem sobre a responsabilidade econômica assumida pelo empregador e as atividades dirigidas para com seus empregados.

Quatro são as teorias a respeito do poder diretivo do empregador, A primeira denominada senhorial define que em virtude do empregador ser o proprietário da empresa, a ordem jurídica naturalmente confere o poder diretivo como um direito. A segunda conhecida como teoria institucionalista, afirma que o poder diretivo emana da necessidade de organização interna da empresa, visando a sua funcionalidade como instituição. Já a teoria publicista acredita que o poder diretivo é um poder delegado pelo Estado ao empregador a fim de que esse promova a adequação da produção aos interesses nacionais. Finalmente a quarta teoria, a contratualista, a qual é acolhida pela maioria da doutrina afirma que o poder diretivo de direção do empregador é o acordo de vontades estabelecido no contrato individual de trabalho.

Referidas teorias do poder diretivo do empregador podem se manifestar sob aspectos fundamentais, tais como: poder de organização, poder de fiscalização e poder disciplinar.

1.1. Poder de Organização

Uma das características do poder de direção é o poder de organização o qual se baseia no princípio da livre iniciativa e no direito de propriedade, ou seja, pertence ao empregador estabelecer a atividade que será desenvolvida, a quantidade de empregados, o regulamento interno da empresa e a estrutura jurídica. Porém, com a crescente representação dos empregados nas empresas esse poder vem sofrendo limitações.

1.2. Poder de Fiscalização

Também conhecido como poder de controle, o poder de fiscalização encontra seus pilares na opção do empregador, dentro dos limites estabelecidos pelos direitos da personalidade dos empregados, fiscalizar ou não as atividades profissionais desenvolvidas por seus empregados. Segundo ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento: *“... uma vez que, sem controle, o empregador não pode ter ciência de que, em contra-partida ao salário que paga, vem recebendo os serviços dos empregados”*.¹

1.3. Poder Disciplinar

Por determinar possíveis penalidades aos empregados, podemos dizer que o poder disciplinar complementa o poder diretivo do empregador.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29ª ed. Rev. São Paulo: LTr, 2003, p. 215

Para Sérgio Pinto Martins, o empregado deve se ater: *“à disciplina e respeito a seu patrão, por se encontrar sujeito a ordens de serviço, que devem ser cumpridas, salvo se ilegais ou imorais. Logo, o empregador pode estabelecer penalidades a seus empregados”*².

Ressaltamos que uma das principais características da relação empregatícia é a subordinação, ou seja, na hipótese do empregado não cumprir com seus deveres e não sofrer penalidades, o poder diretivo do empregador seria ineficaz.

Sendo assim, o poder disciplinar do empregador, também faz parte do poder diretivo, pois implica em impor sanções disciplinares a seus empregados, como por exemplo: à advertência verbal ou escrita, além da suspensão.

Carlos Henrique da Silva Zangrando, enumera alguns dos princípios básicos para a limitação do poder diretivo do empregador, vez que apesar da alta discricionariedade este não é ilimitado, vejamos:

- a) *as circunstâncias não diretamente atinentes e, em geral, as atividades estranhas ao trabalho refogem ao poder hierárquico;*
- b) *fora do local de trabalho não existe vínculo de subordinação;*
- c) *a rigidez do poder diretivo se atenua quando aumenta a intelectualidade da prestação do serviço;*
- d) *o empregado é titular de um certo “jus resistentiae”, podendo recusar-se a cumprir uma ordem quando, por exemplo, acarretar grave perigo; for manifestamente ilegal; for de difícil ou impossível execução, quando for totalmente alheia aos serviços para os quais foi contratado; ou ainda quando o empregador se utiliza ilegitimamente do poder diretivo.*³

Portanto, podemos afirmar que este poder não pode ser considerado

² MARTINS, Sérgio Pinto: **Fundamentos de direito do trabalho**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 59

³ ZANGRANDO, C.H. da S. **Resumo do Trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p 116/117.

absoluto, vez que o empregador não pode executar punições que estejam excessivamente acima da relação do ato.

1.4. Jurisprudências

Nossos tribunais, a respeito do tema abordado entendem:

EMPREGADOR. PODER DE COMANDO.

Endereço eletrônico fornecido pelo empregador se equipara a ferramenta de trabalho e não pode ter seu uso desvirtuado pelo empregado. Pertencendo a ferramenta ao empregador, a esse cabe o acesso irrestrito, já que o empregado detém apenas sua posse.

Proc. nº 20050320844 – 2ª Região - Acórdão nº 20060375633 – 9ª Turma - Juíza Relatora: Jane Granzoto Torres da Silva) – DOESP 23/06/06.

EMPREGADOR. PODER DE COMANDO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO LEGAL DE UM DIREITO.

O procedimento investigativo da empresa é lícito e até mesmo recomendável, pois permite às partes, no próprio ambiente de trabalho, de forma sigilosa, fazer as apurações dos fatos duvidosos. Tirar da empresa o direito de apurar as infrações cometidas por seus empregados representa um desrespeito às leis e às suas normas disciplinares internas. É direito do empregador investigar se a conduta do seus empregados constitui ou não justa causa, para efeito de aplicação dos arts. 482 e 853 da CLT; art. 41, inciso II e parágrafo 4º, da CF, e art. 20 da Lei 8.112.

(Proc. nº 20050567459 – 2ª Região - Acórdão nº 20060290921 – 9ª Turma - Juiz Relator: Luiz Edgar Ferraz de Oliveira) – DOESP 26/05/06.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito da personalidade encontra muitas divergências na doutrina, no que se refere a sua denominação. Várias são as propostas para sua definição, as quais podemos citar: direitos subjetivos, direitos essenciais, direitos fundamentais, direitos pessoais, direitos individuais, direitos personalíssimos, direitos privados da personalidade e direitos da personalidade.

Porém, a preferência pelos juristas e doutrinadores é a expressão “direitos da personalidade”.

Para Carlos Alberto Bittar, direitos da personalidade são:

*incidentes sobre modos de ser físicos, intelectuais e morais da pessoa, compreendendo-se prerrogativas ínsitas em sua personalidade e em suas prejeções para a sociedade. Portanto, são direitos essenciais das pessoas, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade.*⁴

Ratificado pela maioria dos doutrinadores, os direitos da personalidade são, pois, direitos inatos cabendo ao Estado, apenas reconhecê-los e sancioná-los no plano do direito positivo. Em suma, são os direitos próprios da pessoa física ou jurídica em si ou em suas expectativas.

2.1. Classificações dos direitos da personalidade

Há na doutrina uma conceituação definida acerca das classificações dos direitos da personalidade, mas várias têm sido as ordenações sugeridas pelos autores, sendo as mais comuns: direitos físicos, relacionados à integridade física, ao

⁴ BITTAR, Carlos Alberto, **O direito civil na constituição de 1988**, 2ª edição, Revista dos Tribunais, p. 47.

corpo, a partes do corpo, ao cadáver e a partes, à imagem e à voz; os direitos psíquicos, os quais compreendem à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica, e ao segredo; e os direitos morais, os quais podemos citar como à identidade, à honra, ao respeito, e às criações intelectuais.

2.1.1. O direito à intimidade

Para estudarmos o direito à intimidade nas mensagens enviadas pelo correio eletrônico, há necessidade de se entender a origem desse direito, que em nossa opinião é o mais afetado pelo tema proposto.

Encontramos na doutrina, duas correntes a respeito da origem do referido direito. A primeira, por qual há um consentimento de nossa parte, declara a intimidade como característica natural do ser humano devendo receber tutela jurídica, vez que é uma característica biológica, da qual fazem parte os doutrinadores: Alan Westin, Paul J. Muller e outros. A segunda apoiada pelos juristas Stefano Rodotà, André Vitalis, Perz Luño, por sua vez, acredita que o reconhecimento do direito à intimidade é consequência de fatores culturais e políticos.

Desde os primórdios da história humana, há a necessidade do homem de preservar sua privacidade, tudo isso constatado, inclusive, em relatos bíblicos.

Com o passar dos séculos, em meados do século XVI, na Inglaterra, a intimidade começou a ser resguardada pela ordem jurídica, pois nesta época, estabeleceu-se o princípio da inviolabilidade do domicílio que determinava que nem o Rei da Inglaterra teria o direito de adentrar a uma residência sem o consentimento do morador. No entanto, conforme a doutrina majoritária, a primeira referência sobre

o direito à privacidade ocorreu em 1879, quando foi editado o tratado sobre a Lei de Ilícitos Civis (Law of Torts), de autoria do jurista Thomas McIntyre Colley. Tal lei foi marcada pela célebre frase “right to be let alone”, cuja tradução seria “o direito de ser deixado em paz ou de estar só”.

2.1.2. O direito à intimidade no Brasil

A palavra Intimidade, deriva do latim, “*intimus*”, cuja procedência é do advérbio “*intus*”. Tem o sentido de interior, íntimo, oculto, que está nas entranhas e traz uma idéia de segredo, confiança. Pode-se asseverar, desta forma, que intimidade tem um sentido subjetivo, pois traz consigo a idéia de confidencial.

A Constituição Federal de 1988, ao enunciar os direitos fundamentais do homem, abraçou a tese naturalista quanto à sua qualificação e ampliou a relação dos direitos denominados como liberdades públicas.

Consagrando os seguintes direitos: à vida, à liberdade, à segurança, à intimidade, à vida, à imagem, a direitos autorais, incluídas as participações individuais em obras coletivas, a reprodução da voz e da imagem, conforme disposto no art. 5º, “caput” e, incs. X, XXVII e XXVIII, assegurando ainda, na hipótese de violações desses direitos, à indenização pelo dano moral (incs. V e X).

Mas nem sempre foi assim, vez que a primeira Constituição Brasileira (1824), tutelava apenas a inviolabilidade do domicílios e das correspondências. Sendo certo que o referido dispositivo se manteve nas Constituições seguintes, de 1891, 1934, 1937 e 1946.

A Emenda nº 1, de 17/10/69, da Constituição de 1967 aumentou a abrangência da proteção às diversas formas de correspondências quando

garantiram o sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas e telegráficas.

Com essa evolução, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, explicitou a tutela do direito à intimidade, o que garantiu à intimidade, um dos direitos fundamentais gozando de regime jurídico especial, tornando-se “cláusula pétrea”, conforme art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Se pudermos observar a atual Constituição resguarda o direito à intimidade, não apenas quanto ao domicílio, as correspondências ou comunicações telefônicas. Temos, como exemplo, preservado o direito à intimidade no art. 5º, inc. V, que dispõe sobre o direito de resposta e também o inc. LX, do mesmo artigo, a restrição à publicidade dos atos processuais.

2.1.2.1. Características do direito à intimidade

A problemática principal do tema consiste em definir o poder diretivo do empregador em monitorar o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho, sem violar o direito à intimidade do empregado, portanto, é essencial especificar as características do direito à intimidade, conhecendo o real alcance de cada conceito estudado.

Por conseguinte, sendo espécie dos direitos da personalidade, possui características idênticas às daquele, ou seja, geral, absoluto, extrapatrimonial, inalienável, imprescritível e intransmissível em razão de morte. Vejamos:

- a) Generalidade – um direito inato, pertencente a toda pessoa humana, com características natural do ser humano ou em face de

fatores culturais e políticos;

- b) Absolutismo – é um direito absoluto, pois oponível erga omnes, inerente a todos os seres humanos;
- c) Extrapatrimonialidade – inalienável e não possui equivalência em dinheiro;
- d) Inalienabilidade relativa – o direito pode não ser exercido, porém é irrenunciável;
- e) Imprescritibilidade – sendo um direito fundamental inerente a pessoa humana, não prescreve em hipótese alguma;
- f) Intransmissibilidade em razão da morte – não há transmissão dos direitos aos herdeiros, pois a intimidade vem da vontade e sentimentos do indivíduo.

2.1.2.2 Os limites do direito à intimidade

Para se viver em sociedade, o homem deve seguir algumas regras. Entre elas está a aceitação de delimitações que lhe são impostas pelo Estado e com o direito à intimidade não seria diferente.

A doutrina estabelece apenas duas hipóteses de limitações do direito à intimidade: o interesse público e o consentimento do interessado.

O interesse público consiste no poder do Estado em penetrar no espaço íntimo da pessoa, desde que haja interesse de toda a coletividade, baseado no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, todavia não representa o fim ao espaço íntimo do indivíduo, apenas uma redução da tutela.

Michele Keiko Mori, afirma: “*é lícita a publicação da fotografia do evadido de cárcere privado ou manicômico, de pessoa procurada pela Polícia ou pela Justiça, de pessoa perdida.*”⁵

Por outro lado, o consentimento do interessado, a outra hipótese de limitação do referido direito, consiste na autorização do indivíduo em revelar sua intimidade, deixando de exercer o seu direito.

No mesmo sentido, Michele Keiko Mori, também afirma: “*a vontade do indivíduo no direito à intimidade tem um papel decisivo e incontestável, pois o interessado pode livremente optar por deixar de exercer o seu direito.*”⁶

2.2. Jurisprudências

Nossos tribunais, a respeito do tema abordado entendem:

RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ARQUIVOS PESSOAIS DO EMPREGADO ARMAZENADOS EM COMPUTADOR DA EMPRESA. DEVER DE VIGILÂNCIA DO EMPREGADOR. DIREITO DE PROPRIEDADE. "Não caracteriza dano moral tão-só o fato de o empregador, em auditoria interna, proceder à análise de dados constantes do disco rígido do computador utilizado pelo empregado. Ainda mais se para o acesso não houve quebra de senha e se cuidou a empresa para a não divulgação de tais dados. Se o empregado utiliza equipamento do empregador para catalogar arquivos pessoais, não pretende sigilo. Expectativa de privacidade que não se vislumbra, porquanto constitui dimensão do exercício do direito de propriedade a possibilidade de o empregador averiguar em seus equipamentos evidências de conduta ilícita do trabalhador. Recurso a que se dá provimento." [Proc. nº 00316200304402006 - 1ª Turma - TRT da 2ª Região –

⁵ MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 52

⁶ *Ibidem*, p. 56.

Relator (a) Maria Inês Moura Santos Alves da Cunha - DJ 10/07/07]

1. BANCÁRIO. AUDITORIA. PODER FISCALIZATÓRIO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE ABALO MORAL. NÃO-EXORBITÂNCIA. O poder disciplinar constitui a prerrogativa do empregador de fiscalizar e exigir o cumprimento das obrigações contratuais, dentre as quais, a observância das normas internas, aplicando as penalidades pertinentes quando necessárias. A auditoria, muito comum nas instituições financeiras, portanto, encontra-se no âmbito do poder diretivo do empregador, não caracterizando, por si só, num abalo moral. A responsabilização do empregador, assim, somente ocorrerá quando constatado o excesso injustificado na investigação ou punição. [Proc. nº 01693-2006-038-12-00-9 - 2ª Turma - TRT da 12ª Região – Relator (a) Sandra Márcia Wambier - DJ 05/11//07]

3. CONFLITO DOS DIREITOS

Face a garantia dos direitos fundamentais em nossa Constituição, um ponto de extrema relevância a ser considerado em nosso trabalho é o conflito que pode haver entre o direito à intimidade e o poder diretivo do empregador.

O exercício das faculdades organizativas e disciplinares do empregador não pode servir em nenhum momento para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais do trabalhador nem a sanção do exercício legítimo de tais direitos por parte daqueles.

Nas hipóteses onde surjam conflitos entre os direitos citados, pois como descrito anteriormente, os direitos fundamentais não podem ser violados, os quais consideramos o direito à intimidade e também a proteção quanto ao segredo nas comunicações. Devemos sempre ponderar, como medida de respeito ao direito, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na relação de trabalho devem ser respeitados os preceitos constitucionais, já que a celebração de um contrato de trabalho não pode suportar por si mesmo a renúncia dos direitos fundamentais, pois ditos direitos podem ser objetos de certas restrições ao empresário, com a devida e restrita justificação, ou seja, a intimidade do trabalhador deve ser respeitada em qualquer ocasião no ambiente de trabalho.

Portanto, para a solucionarmos a problemática apresentada no tema, devemos estudar e esclarecer os choques dos direitos que podem ocorrer, os quais denominamos como aparente e efetivo. Somente desta forma, conseguiremos embasamento para o posicionamento em nossa conclusão.

3.1. Conflito aparente

Via de regra, no que se refere à sua extensão, os direitos limitam-se por uma característica menor e outra maior, com incidências mínimas no caso da menor e no caso da maior, estabelece a extensão máxima do direito, considerada como abuso do direito. Sendo assim, dois direitos podem colidir sem danificar seus limites, ou seja, de forma aparente (superficial). Nesta hipótese, não ocorrerá uma limitação extrínseca e sim intrínseca.

Para Mônica Neves Aguiar da Silva Castro: *“delimitar os objetos dos direitos fundamentais para que sejam clarificados, tanto quanto possível, seus limites iminentes, de forma a afastar exageros quanto ao raio de sua atuação.”*⁷

3.2. Conflito efetivo

Por outro lado, quando a aplicação de uma prerrogativa infringe o princípio de outra, podemos denominar que há conflito efetivo, com o qual não conseguimos solução de forma intrínseca. A maioria da doutrina estabeleceu, como forma de solução deste impasse, regras para manter a ordem dos direitos, utilizando os critérios hierárquicos, temporal e o de maior especificidade da norma.

Todavia, quando ocorrer um conflito efetivo entre direitos, os critérios clássicos não são suficientes para a solução do problema, restando assim, recorrermos aos princípios gerais do direito para que o problema seja solucionado.

⁷ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 91.

3.3. Princípio da Proporcionalidade

Criado no Direito Romano e disposto no parágrafo 2º do artigo 5º, da nossa Constituição, o princípio da proporcionalidade tem por objetivo a adequação e exigibilidade dos direitos, sendo certo que se encaixaria perfeitamente na problemática do tema.

É sabido que não há possibilidades de um direito se sobrepor ao outro. Se por um lado o empregador tivesse a possibilidade de invadir completamente a vida privada de seus empregados, o ambiente de trabalho se tornaria insuportável. Por outro, se o direito à intimidade do empregado prevalecesse por completo, o poder diretivo do empregador perderia sua eficácia, vivendo o empregador em uma constante incerteza quanto a prestação de serviços de seus empregados.

Leila Carioni Barbosa, com o intuito de evitar o impasse estabelecido, ressalta que: *“os direitos têm natureza relativa a esta e pode ser vislumbrada através da utilização do princípio da proporcionalidade, outrora também chamado de mandamento da proibição de excesso⁸.”*

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade, segundo parte da doutrina, seria aplicado quando percebida a compatibilização e harmonização dos direitos, para que se consiga a realização simultânea de ambos em ótimo grau, a manutenção do núcleo essencial do direito, que é intangível e a proporcionalidade entre o bem que se limita e o bem que se protege.

E, da mesma forma, pode ser refletido em três subprincípios:

a) o princípio da necessidade, também chamado de princípio da

⁸ BARBOSA, Leila Carioni. **Princípio da Proporcionalidade e Colisão de Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://ccj.ufsc.br/revistadiscente/textos/n1/artigos.htm#>. Acesso em: 11/01/08.

exigibilidade, pressupondo o respeito a liberdade do indivíduo e as restrições quanto ao sua invasão;

b) o princípio da adequação, sustentado pelas condições da medida restritiva de direitos; e

c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que envolve a otimização das possibilidades jurídicas.

Neste contexto, não existe atuação plena, na relação de emprego, tanto na atuação do poder diretivo do empregador e quanto no direito à intimidade do empregado, vez que inexistente direito absoluto ante todos os demais. O que se verá adiante é o estudo da necessidade de se criar regras claras e bem definidas, no contrato existente na relação de emprego para que nenhuma das partes viole o direito da outra, fazendo com que o conflito entre os direitos perdure nesta hipótese.

4. JUSTA CAUSA

4.1. Conceito

Disposta nos artigos 482 e 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, a justa causa (ou falta grave) para rescisão de um contrato de trabalho, consiste na prática de uma infração, ou seja, é todo ato faltoso grave praticado tanto pelo empregador como pelo empregado, autorizando à parte lesada, rescindir o contrato sem arcar com ônus.

Para Valentin Carrion, a justa causa:

é o efeito emanado de ato ilícito do empregado que, violando alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus (pagamento de indenizações ou percentual sobre os depósitos do FGTS, 13º salário e férias, este dois proporcionais).⁹

Há de se ressaltar que nem todo ato faltoso ou infração configura a justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. Faz-se necessário saber, o que são atos faltosos.

O contrato de trabalho pode ser definido como uma relação de obrigação mútua, onde empregador e empregado se unem em busca de interesses próprios. O empregador tem obrigação de pagar os salários pelos serviços prestados, fornecer o serviço, orientar o empregado quanto à execução do trabalho, respeitá-lo e cumprir as cláusulas do contrato, legislação e convenções dos trabalhadores. Por outro lado, o empregado deve obediência, disciplina, fidelidade e diligência no serviço, como uma boa conduta pessoal que possa refletir na relação

⁹ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, p.367

contratual. Portanto, quaisquer das partes que venham a descumprir suas obrigações nesta relação, cometem ato faltoso.

4.2. A justa causa na legislação

O legislador trabalhista adotou para o Direito do Trabalho, um princípio semelhante ao vigente no Direito Penal, onde não há justa causa sem previsão legal expressa. Conforme se verifica no art. 482, da CLT, os atos que configuram a justa causa estão enumerados no referido artigo, o que significa que só podem ser invocados os motivos relacionados em lei, para justificar a rescisão do contrato de trabalho.

A justa causa também está prevista em outros artigos da Consolidação, como por exemplo: o art. 508 (para o despedimento do bancário) e art. 240, parágrafo único (que trata da justa causa praticada por ferroviários), mas os artigos 482 e 483 são a principal fonte legislativa a respeito do tema.

Segundo a doutrina majoritária, para configuração da justa causa a infração deve preencher três requisitos: gravidade, atualidade e nexó etiológico (ou relação causa efeito). Por conseguinte, as faltas mais leves devem ser punidas com penas menos severas, como as advertências verbais ou escritas ou suspensões, existindo assim, uma proporcionalidade entre a falta praticada e a punição a ser aplicada.

Outro ponto a ser destacado é a imediatidade da punição do ato faltoso, ou seja, deve ser atual ou recente e ocorrer a punição logo após o conhecimento da infração. Pois, no caso da falta ser antiga há presunção de que foram perdoadas, caso contrário o empregador entenderia que a falta era tão grave

a ponto de rescindir o contrato de trabalho.

Tecnicamente falta grave e justa causa não se confundem. Denominam que a expressão “falta grave” é usada aos empregados estáveis, os quais não poderão ser desligados de pronto, havendo a necessidade de propositura de uma ação de inquérito trabalhista (para apuração de falta grave), além da suspensão do pagamento dos salários e da prestação do serviço. E, após a autorização do juiz o contrato poderá ser rescindido. Com relação a “justa causa”, caberia aos empregados não estáveis, que infringissem quaisquer dos atos dispostos no art. 482, da CLT.

Existem práticas faltosas relacionadas diretamente com o serviço executado, razão pela qual estudaremos os atos constantes no art. 482, para sabermos quais os empregados infringiram na hipótese do uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.

4.2.1. Ato de improbidade

Podemos definir improbidade como uma espécie de desonestidade, que em sentido amplo compreenderia quase todas as justas causas previstas no art. 482, da CLT. Todavia, a jurisprudência e a doutrina entendem que caracteriza ato de improbidade qualquer manifestação desonesta do empregado, sendo ela por omissão ou violação, contra bens materiais do empregador ou de terceiros.

Para Wagner D. Giglio:

O conceito de ímprobo está na consciência de todos: Ímprobo, o que não é probo, aquele que não é honesto; desonesto. A deonestidade, porém, é uma noção moral, que abrange um campo muito extenso. É desonesto quem age com má-fé, fraude, dolo, malícia, simulação

*etc*¹⁰.”

O ato de improbidade pode ser praticado durante todo o pacto laboral, inclusive durante a suspensão ou interrupção do contrato (vez que o empregado tem o dever de honestidade e fidelidade ao empregador) caracterizando um motivo para a rescisão por justa causa, porém a jurisprudência exige prova robusta para a prática desonesta, as quais se manifestam em forma de furtos, extorsão, receptação, apropriação indébita, etc., configurando, assim, crimes contra o patrimônio.

Em nosso entendimento, este tipo de ato poderia ser motivo de dispensa por justa causa pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho, se o empregado utilizasse dessa ferramenta para transmitir a terceiros, sem autorização prévia, arquivos confidenciais ou programas utilizados pelo empregador.

4.2.2. Incontinência de conduta ou mau procedimento

O legislador reuniu duas justas causas no mesmo inciso legal. Uma genérica e outra específica, mau procedimento e incontinência de conduta respectivamente.

O mau procedimento enquadrar-se-ia em atitudes incompatíveis do empregado, ou seja, um conceito com denominações muito amplas, classificadas pelo uso de palavras de baixo calão, as intrigas e os mexericos, bem como as brincadeiras de mau gosto.

Já a incontinência de conduta é caracterizada por desvios de conduta ligadas à vida sexual do empregado, como por exemplo: a pornografia,

¹⁰ GIGLIO, Wagner D..**Justa causa**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p.53.

obscenidades, libertinagem, exhibições eróticas, masturbações ou cópulas, praticadas no ambiente de trabalho.

Segundo Sérgio Pinto Martins, incontinência de conduta se caracteriza pelo: *“desregramento do empregado no tocante à vida sexual. São obscenidades praticadas, a libertinagem, a pornografia, que configuram a incontinência de conduta”*.¹¹

E o mau procedimento, são: *“as atitudes incompatíveis com as regras a serem observadas pelo homem comum perante a sociedade”*.¹²

Sem dúvida alguma, este tipo de ato é o mais comum para caracterizar a dispensa por justa causa pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. É muito comum empregados utilizarem o e-mail corporativo para transmissão de mensagens com conteúdos pornográficos, obscenos, piadas, correntes, além de emitirem opiniões que causam intrigas com escritas agressivas e com palavras de baixo calão, podendo, de forma incalculável, denegrir ou prejudicar a imagem do empregador.

4.2.3. Negociação habitual

A negociação habitual pode ser definida como as atividades desenvolvidas pelo empregado, de forma habitual, em nome próprio ou de terceiro, sem o consentimento do empregador. Prática esta, que visa concorrer com o negócio do empregador, podendo prejudicar o serviço prestado pelo empregado.

Todavia, se o empregador permitir a atividade, fica descaracterizado o

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de direito do trabalho**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 85.

¹² Ibidem.

ato, assim como, se a prática do empregado for diferente das atividades desenvolvidas na empresa ou não causarem prejuízo ao empregador.

Como a própria legislação prevê, a negociação deve ser habitual, devendo o empregador advertir o empregado no momento do conhecimento do primeiro ato e na hipótese de reiteração. A negociação habitual passível de rescisão do contrato por justa causa.

Wagner D. Giglio ensina:

haverá justa causa para o despedimento se o empregado, sem autorização do empregador, expressa por escrito ou verbalmente, exercer, de forma habitual, atividade concorrente, isto é, explorar o mesmo ramo de negócio, como subordinado de outro empregador, trabalhador autônomo ou empresário, ou exercer habitualmente outra atividade que, embora não concorrente, prejudique o exercício de suas funções na empresa.¹³

Podemos afirmar que uma situação que geraria rescisão por negociação habitual pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho, seria a utilização, pelo empregado, do e-mail corporativo para a venda de produtos próprios ou de outras empresas.

4.2.4. Condenação criminal

É passível de dispensa por justa causa, o empregado que por decisão da Justiça Criminal for condenado pelos e atos praticados, dentro ou fora da empresa.

Devemos esclarecer que a condenação criminal por si só não constituiria justa causa, considerando que o ato faltoso não foi praticado dentro da

¹³ GIGLIO, Wagner D..**Justa causa**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.98.

empresa. Todavia, como a pena imposta ao condenado impede que esse preste serviços ao empregador, fica autorizado o despedimento do empregado por justa causa.

Dorval Lacerda afirma que:

a condenação criminal, como figura trabalhista não existe (e isso atesto em face das discussões da Comissão de Consolidação das Leis do Trabalho, nas quais tomei parte) porque constitua um ato faltoso do empregado em relação ao seu patrão, mas simplesmente porque impede continue ele a ser empregado. A condenação, destarte, é muito semelhante, quanto aos seus efeitos jurídico trabalhistas, à morte do empregado, que determina “ipso jure” a rescisão do contrato.¹⁴

Diante do exposto, não vislumbramos hipóteses para a rescisão do contrato de trabalho, por condenação criminal, pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.

4.2.5. Desídia no desempenho das respectivas funções

Desídia é a justa causa de ocorrência mais comum, significa preguiça, desleixo, omissão, descuido, desatenção, indiferença, desinteresse, do empregado no desempenho de suas tarefas. É a falta de cumprimento das obrigações do trabalhador, ou seja, negligência.

Desidioso não é o trabalhador que produz menos e sim aquele que, por dolo, não produz o que seria capaz de produzir. Vale lembrar que não configura desídia o trabalhador que reduz sua produção, em razão de doença ou má qualidade da matéria prima fornecida.

¹⁴ LACERDA, Dorval. **A falta grave no direito do trabalho**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, p.151.

De acordo com os ensinamentos de Valentim Carrion, desídia:

É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência; costuma-se caracterizar pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido, pertencerá a outra das justas causas.¹⁵

Há de se ressaltar, que este tipo de ato poderia ser motivo de dispensa por justa causa pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho, quando o trabalhador retransmitisse uma grande quantidade de mensagens, com fins diversos aos de suas tarefas, prejudicando o desempenho de suas funções, além é claro, de causar dano material (despesas desnecessárias) pelo uso dessa ferramenta.

4.2.6. Embriaguez

A embriaguez pode ocorrer de duas formas: embriaguez habitual ou em serviço. Apesar de origens idênticas ambas se manifestam de formas diferentes.

A embriaguez habitual é aquela que se repete ao longo do tempo, todos ou quase todos os dias. Já, a embriaguez em serviço é aquela que se faz presente no horário de trabalho. Importante salientar que basta apenas uma situação de embriaguez em serviço para caracterizar o desligamento por justa causa.

Para Antonio Lamarca:

o trabalhador embriagado não se encontra em condições de praticar, a contento, o seu dever de diligência, dada a diminuição implícita de

¹⁵ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, p.370.

sua capacidade laborativa em decorrência da embriaguez; não está, assim, em condições de oferecer o quanto nem o como que dele,

*legitimamente, se espera.*¹⁶

Não vislumbramos hipóteses para a rescisão do contrato de trabalho, por embriaguez, pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.

4.2.7. Violação de segredo da empresa

Violação de segredo da empresa abrange a divulgação de informações confidenciais, fórmulas de produtos ou negócios, além das marcas e patentes. Violar significa divulgar ou explorar segredos, os quais causariam prejuízos às empresas.

Wagner D. Giglio considera que: *“a violação de segredo da empresa infringe os deveres de colaboração e de fidelidade do empregado, e causa prejuízo, pelo menos em potencial, ao empregador”*.¹⁷

Há possibilidades rescisão por violação de segredo da empresa, se o empregado utiliza o correio eletrônico para divulgação de tais informações.

4.2.8. Ato de indisciplina ou de insubordinação

Da mesma forma como descrito no item 4.2.2, aqui também o legislador reuniu duas justas causas no mesmo inciso legal. Uma genérica e outra específica, a indisciplina e a insubordinação respectivamente, as quais baseiam-se na violação do dever de subordinação do empregado para com o empregador.

¹⁶ LAMARCA, Antonio. **Manual das justas causas**. 2ª ed., São Paulo - 1983: Revista dos Tribunais, p.441.

¹⁷ GIGLIO, Wagner D..**Justa causa**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.199.

Ocorre a indisciplina quando o empregado não cumpre ordens ou determinações gerais de serviço, como por exemplo: o regulamento da empresa.

Já a insubordinação, ocorre quando são descumpridas ordens pessoais ou diretas dadas ao empregado.

Valentim Carrion exemplifica bem ambas as faltas, sendo indisciplina: *“o descumprimento de ordens gerais do empregador, dirigidas impessoalmente ao quadro de empregados (ex.: proibição de fumar em certos locais)”*.¹⁸

E insubordinação: *“desobediência a determinada ordem pessoal endereçada a certo empregado ou a pequeno grupo (ex.: executar alguma tarefa como lhe foi comunicado)”*.¹⁹

Contudo, devemos ressaltar, como dito anteriormente, que o poder diretivo do empregador não é ilimitado, ao contrário, é limitado pelos direitos fundamentais previstos na Constituição, não sendo válidas ordens que afetem o direito à vida, à personalidade, à intimidade e etc., do empregado. Assim, o empregado que se recusar a cumprir ordens que violem seus direitos fundamentais, não cometerá qualquer infração.

Conclui-se que pratica indisciplina pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho, o trabalhador que utiliza o e-mail corporativo para fins pessoais, sabendo que existe na empresa regulamento ou norma que proíbe esta prática. E pratica insubordinação, quando receber ordens diretas do superior hierárquico para não retransmitir determinados e-mails.

¹⁸ CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, p.371.

¹⁹ Ibidem.

4.2.9. Abandono de emprego

Abandono significa renúncia, desistência ou afastamento. Caracteriza abandono de emprego o empregado que não renuncia tacitamente a manutenção do vínculo empregatício.

Podemos afirmar que tecnicamente o abandono de emprego é um fato jurídico que rescinde a relação de trabalho. Pois, o empregador denuncia a rescisão do contrato, determinada em razão do afastamento e silêncio do empregado.

Tendo isso em mente Antonio Lamarca leciona: *“O empregado que, sem aviso ao empregador e sem motivo relevante, deixa de comparecer ao serviço, faz com que se rompa o seu crédito de confiança, tornando cabível a sua dispensa”*.²⁰

Todavia se a ausência for justificada em decorrência de doença, apresentação ao serviço militar, licenças ou qualquer outra situação que cause a interrupção ou suspensão do contrato, não restará caracterizado o abandono de emprego.

Pelas razões apresentadas, não vislumbramos hipóteses para a rescisão do contrato de trabalho, por abandono de emprego pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.

4.2.10. Ato lesivo da honra ou da boa fama

Previstos nas alienas “j” e “k”, do art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, os atos lesivos da honra ou boa fama ou ofensas físicas podem ser

²⁰ LAMARCA, Antonio. **Manual das justas causas**. 2ª ed., São Paulo - 1983: Revista dos Tribunais, p.497.

praticados pelo empregado contra qualquer pessoa (aliena “j”) ou contra o empregador / superior hierárquico (alínea “k”). Vale lembrar que a legítima defesa própria ou de outrem, exclui a ocorrência da infração.

O Direito do Trabalho classifica as ofensas físicas, como brigas, tapas, empurrões, ainda que não haja ferimentos, diferentemente do Direito Penal, segundo o qual as lesões corporais estão classificadas por graus.

Importante destacarmos, que a definição de “qualquer pessoa” abrange os colegas, superiores e inferiores hierárquicos, clientes e terceiros, desde que a prática seja no horário de trabalho. Fora da empresa, há caracterização de justa causa se a prática for dirigida aos superiores hierárquicos.

Assim sendo, temos uma coincidência com os conceitos do direito criminal, pois para que fique caracterizada a lesão à honra e a boa fama, necessariamente deverá ocorrer crime de calúnia, injúria ou difamação. Vejamos os ensinamentos de Dorval Lacerda: *“Não havendo crime de injúria, de difamação ou calúnia, não haverá ato lesivo da honra e boa fama, quer contra o empregador, quer contra o empregado, quer contra qualquer pessoa na hipótese legal da prática em serviço”*.²¹

Portanto, se o empregado usar o e-mail corporativo para caluniar, injuriar ou difamar qualquer pessoa enquanto em serviço ou superiores hierárquicos à qualquer momento, configuraria-se o uso indevido do correio eletrônico, sendo passível de rescisão por justa causa.

²¹ LACERDA, Dorval. **A falta grave no direito do trabalho**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, p. 198.

4.2.11. Prática constante de jogos de azar

Conforme disposto no art. 482, I, da CLT, constitui justa causa para a dispensa do empregado a prática constante de jogos de azar, pouco importando se o jogo é ou não a dinheiro. Para a caracterização da justa causa, há no entanto, a necessidade dos apostadores obterem vantagens de todos os gêneros e caráter habitual.

Os jogos de azar são aqueles denominados onde o fator sorte é preponderante, como por exemplo: o carteadado, as apostas em loterias, jogo do bicho, jogos de futebol, corridas de cavalos e etc.

Para Wagner D. Giglio: *“A justa causa em estudo se configura pela prática, habitual e reiterada, com o fito de lucro, de jogos nos quais a sorte constitui, senão o único, pelo menos o principal fator determinante do resultado”*.²²

Sendo assim, não vislumbramos hipóteses para a rescisão do contrato de trabalho, por prática constantes de jogos de azar, pelo uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho, apenas por visitas à *sites* de cassinos ou programas de jogos eletrônicos, ultrapassando os limites do tema abordado.

4.2.12. Atos atentatórios à segurança nacional

Acrescentado na década de 60, pela ditadura militar, o parágrafo único do art. 482, da CLT, prevê a justa causa do empregado, se comprovado em inquérito administrativo, a prática de atos atentatórios contra a segurança nacional, também chamados de terrorismo. À luz do art. 1º da Lei n.º 7.170/83 (Lei de Segurança

²² GIGLIO, Wagner D..**Justa causa**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 334.

Nacional), os objetivos nacionais são: a integridade territorial, a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, e a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

O ato atentatório constitui justa causa para rescisão do contrato pelo empregador, mas não implica ao empregado, inadimplemento ou infração dos deveres a que se submeteu, pois não se configura uma falta para com o empregador.

Antonio Lamarca nos ensina: *“Esta justa causa acontece, assim, via de regra, fora do serviço, embora nada impeça que ocorra em razão dele”*.²³

Há de se imaginar, na hipótese do empregado utilizar-se do e-mail corporativo, com conteúdo e planejamento de um atentado terrorista, estaria esta fazendo o uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho, caracterizando a justa causa.

4.2. Jurisprudências

Nossos tribunais, a respeito do tema abordado entendem:

PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. JUSTA CAUSA. Desde que pautado nos princípios da pedagogia e da proporcionalidade e, ainda, sem agir com rigor excessivo e desnecessário, o empregador pode (e até deve), aplicar a penalidade disciplinar que entende necessária, visando desestimular o empregado de persistir na conduta faltosa. [Proc. nº 00083-2007-109-03-00-0 – 1ª Turma - TRT da 3ª Região – Relator (a) José Eduardo de R.C. Junior - DJ 20/07/07]

²³ LAMARCA, Antonio. **Manual das justas causas**. 2ª ed., São Paulo - 1983: Revista dos Tribunais, p. 523.

JUSTA CAUSA. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. ATO DE INSUBORDINAÇÃO.

A desobediência a ordens diretas, pessoais pelo empregado configuram o tipo legal da insubordinação, legitimando a terminação do contrato por justa causa se restar verificada a gravidade da conduta.

(Proc. RO nº 18268-01 – 1ª Região - 5ª Turma - Desembargador Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte) - DJRJ 29/10/04.

5. CORREIO ELETRÔNICO

5.1. Noções gerais sobre o correio eletrônico

O e-mail (eletronic mail), que traduzido para língua portuguesa significa correio eletrônico, foi criado no Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos da América, em 1971, quando Ray Tomlison juntou dois computadores, em seu quarto, ligados em rede e desenvolveu um sistema de transmissão de mensagens, de um computador para outro.

Atualmente no mundo, são enviadas bilhões de mensagens por e-mail e esse número tende a crescer. É preciso ter apenas um computador, um programa de comunicação e um *modem* para linha telefônica (fixa, via cabo ou pelo ar, via satélite), para podermos nos comunicar com qualquer pessoa do mundo, independente de seu domicílio, a um custo baixíssimo, inferior a uma ligação local.

Considerado um dos principais meios da comunicação moderna, o e-mail tem como vantagem a rapidez, confiabilidade na recepção e envio de mensagens, reenvio, facilidade de arquivo e o principal deles o baixo custo. É utilizado não apenas para o envio de mensagens escritas, como também pela transmissão de dados, programas ou arquivos, o que sem dúvida alguma facilitou a vida das pessoas.

5.2. A fiscalização do correio eletrônico pelo empregador

Estudadas e observadas as questões que envolvem a problemática do tema proposto, adentraremos agora, no cerne da questão, vez que estudaremos o

poder ou não da fiscalização do correio eletrônico pelo empregador, no ambiente de trabalho e na hipótese do uso indevido dessa ferramenta, se há caracterização da rescisão por justa causa.

Diversos são os entendimentos a respeito do poder de fiscalização ou não do empregador sobre o e-mail corporativo e se o seu uso indevido caracterizaria o desligamento por justa causa.

Para o Juiz Cristiano Siqueira de Abreu Lima, o e-mail corporativo não pode ser enquadrado no Art. 5º, incisos, X, XII e LVI, da Constituição Federal, por se tratar de uma ferramenta disponibilizada pelo empregador, titular do poder diretivo e proprietário de seus equipamentos, para o trabalho do empregado, ou seja, estritamente de uso profissional. Portanto, não há de se falar em violação à privacidade e o sigilo das correspondências.

Entendimento esse ratificado pela Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, conforme notícia extraída do site do TRT da 10ª Região:

28/02/2008 13:02:27 - Uso indevido de e-mail corporativo é motivo para dispensa por justa causa

O uso de mensagens de e-mail corporativo como prova de má conduta de empregado não fere o artigo 5º (incisos X, XII e LVI) da Constituição Federal, que garante ao cidadão o direito à privacidade e sigilo de correspondências. O e-mail corporativo não pode ser comparado às correspondências postais e telefônicas, que possuem cunho pessoal. Ao contrário, trata-se de ferramenta disponibilizada pelo empregador - titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados - ao empregado, para uso profissional. Esse é o entendimento da Primeira Turma do TRT 10ª Região, que confirmou sentença da lavra do juiz Cristiano Siqueira de Abreu Lima.

Uma atendente telefônica recorreu à Justiça do Trabalho com o

objetivo de impugnar a dispensa por justa causa que lhe foi imputada pela empresa na qual trabalhava. A alegação era de que a empresa teria usado cópias de e-mails para justificar a dispensa, procedimento que seria proibido pela Constituição Federal.

Segundo o relator do processo, juiz Ricardo Alencar Machado, as mensagens juntadas aos autos evidenciam que a atendente de forma reiterada descumpria ordens gerais da empresa - inclusive quanto ao uso do e-mail corporativo para fins pessoais, que era proibido - trabalhava com extrema desídia e desrespeitava os clientes da empresa. "Procedimentos que justificam a aplicação da pena de demissão motivada - a justa causa", ressaltou.

Para o magistrado, o e-mail corporativo não é um benefício contratual indireto. Portanto 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. Os juízes da Primeira Turma concluíram que a utilização das mensagens como prova é legítima e ratificaram a demissão por justa causa.²⁴

(Primeira Turma - Processo 00708-2007-014-10-00-3

No mesmo sentido, porém com algumas ressalvas, Mário Antônio Lobato de Paiva, afirma:

Defendemos que o empresário pode acessar o e-mail de seus empregados, porém, não de forma indiscriminada e sistemática, já que o trabalhador têm direitos que podem ser invocados legitimamente, como o direito à inviolabilidade das comunicações e direito ao exercício de trabalho em condições dignas. E, portanto, o trabalhador tem direito a não sofrer intromissão em sua atividade²⁵.

Mário Antônio Lobato de Paiva, conclui ainda que a fiscalização do e-mail corporativo é uma faculdade do empregador: *“desde que comprove realmente que a fiscalização do correio eletrônico serviu para o fim a que se destina, sem*

²⁴ http://www.trt10.gov.br/?modulo=/ascom/consulta_noticias_internet.php. Acesso em 01/03/08

²⁵ PAIVA, Mário Antônio Lobato de, **O e-mail no ambiente de trabalho**, disponível em <http://jusnavegandi.com.br>, Acesso em 12.02. 2007.

*maiores intervenções que pudessem revestir-se de ilegalidade e lesão a direitos”.*²⁶

Em contrapartida, os desembargadores Tarcísio Valente e Roberto Benetar entendem que o e-mail corporativo não pode sofrer fiscalização, pois há violação do incisos, X, XII e LVI, previstos no art. 5º, considerando assim violação à intimidade e ao sigilo das correspondências, conforme decisão abaixo:

RO - 01744.2006.007.23.00-4

DESEMBARGADOR TARCÍSIO VALENTE

DESEMBARGADOR ROBERTO BENATAR

1ª Turma

Ementa RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REQUISITOS. NÃO-COMPROVAÇÃO. PROVA ÍLÍCITA. E-MAIL CONFIDENCIAL. É cediço que a responsabilidade civil do empregador pela indenização decorrente de dano moral pressupõe a existência de três requisitos: a prática de ato ilícito ou com abuso de direito (culpa ou dolo), o dano propriamente dito (prejuízo material ou o sofrimento moral) e o nexo causal entre o ato praticado por ele ou por seus prepostos e o dano sofrido pelo trabalhador. In casu, os únicos documentos potencialmente hábeis à comprovação da ocorrência de prática de ato ilícito pela Reclamada configuram-se provas ilícitas, portanto, imprestáveis ao fim colimado. Com efeito, os e-mails redigidos pelo preposto da Ré e enviados a sua ex-esposa, em razão de possuírem conteúdo pessoal, por conseguinte, de natureza confidencial, não podem ser utilizados pela Autora, com o fito de comprovar a veracidade das suas alegações, sem a autorização expressa da sua destinatária e, sobretudo, do seu emitente, sob pena de infringir-se o direito à intimidade e a garantia ao sigilo de correspondência albergados pela Carta Magna.

Para chegarmos a uma conclusão é necessário muita cautela e desconsiderarmos as posições radicais. Incorreto seria afirmar que o empregador

²⁶ PAIVA, Mário Antônio Lobato de, **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho**, disponível em <http://jusnavegandi.com.br>, acesso em fevereiro / 2007.

estaria impedido de acessar o e-mail do trabalhador, pois trata-se de uma ferramenta de trabalho. Do mesmo modo, o trabalhador não pode alegar o direito irrestrito de inviolabilidade das comunicações, por se tratar de um e-mail corporativo e não de uso pessoal.

Todavia, no mundo, há diversos estudos e estatísticas que demonstram que o e-mail corporativo, não é usado apenas para o trabalho. A maioria dos trabalhadores acabam utilizando dessa ferramenta para fins pessoais. No Brasil, ainda não há conhecimento de estudos sobre este assunto, porém, é certo que as grandes empresas já estão adotando medidas para monitorar e fiscalizar o correio eletrônico corporativo, o qual é concedido ao empregado para execução de seu trabalho.

Para o Juiz Luiz Alberto de Vargas:

é lícita a fiscalização do correio eletrônico profissional, desde que:

1º) exista uma política transparente, obedecendo as regras de proporcionalidade, que conscientize o empregado do caráter não sigiloso de suas comunicações no local de trabalho;

2º) a empresa advirta os empregados de que todas as mensagens, de qualquer tipo, inclusive as protegidas por senhas, estão potencialmente disponíveis para o conhecimento da empresa;

3º) não se pratique o monitoramento sem clara finalidade específica, por desproporcional.²⁷

Precisamos esclarecer que o empregador, quando acessa ou fiscaliza o e-mail do trabalhador não está violando o direito à intimidade, por se tratar de uma ferramenta de uso profissional, não afetando à intimidade ou vida pessoal do trabalhador.

²⁷ VARGAS, Luiz Alberto de. **Direito de Privacidade do Correio Eletrônico no Local de Trabalho: o Debate nos Estados Unidos**. Revista Trabalhista. Rio de Janeiro: Forense e Anamatra, vol. I., 2002

Segundo Mário Antônio Lobato de Paiva, o direito a “intimidade”, por vezes é invocado de forma equivocada, pois diz: “... *quando o empresário acessa o conteúdo dos e-mails’s do trabalhador não esta violando seu direito à intimidade, já que, no posto de trabalho não se põe em jogo à intimidade...*”²⁸

Adotando-se como premissa que o e-mail é fornecido pelo empregador para a execução do trabalho do empregado, também não há de se falar em violação das comunicações, direito garantido constitucionalmente, fornecido em razão da função do trabalhador e não em razão da pessoa.

Todavia, como se trata de um contrato, o empregador tem o dever de:

a) comunicar previamente o empregado, o qual sofrerá este monitoramento. E este, por sua vez deverá assinar um termo de compromisso, aceitando as condições;

b) comunicar o sindicato de classe, garantindo a transparência e o método na fiscalização dos correios eletrônicos;

c) criar um regulamento específico, como norma interna da empresa, visando buscar o nexos causal e a proporcionalidade entre a prática abusiva e a sanção aplicável ao fato, a qual obedecerá uma finalidade específica preservando a intimidade do empregado e prever sanções administrativas para o uso indevido dessa ferramenta;

O uso social do e-mail é até saudável para a vida laboral do empregado, mas para isso, é de fundamental importância que as regras já estejam pré-estabelecidas, por meio de um regulamento, e sejam fornecidas cartilhas sobre a utilização do e-mail no ambiente de trabalho, estando os empregados cientes e

²⁸ PAIVA, Mário Antônio Lobato de, **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho**, disponível em <http://jusnavegandi.com.br>, acesso em 12.02. 2007.

conscientes sobre o seu uso.

5.3. Jurisprudências

Nossos tribunais, a respeito do tema abordado entendem:

*EMPRESA TEM DIREITO DE INVESTIGAR COMPUTADOR
USADO POR EMPREGADO.*

É direito e dever do empregador manter vigilância sobre tudo o que acontece no local de trabalho. Com base neste entendimento, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-SP) aceitou como prova válida de falta grave e-mails e documentos encontrados em computador da empresa. Uma ex-assistente de importação e exportação da Kenpack Soluções em Embalagens Ltda. entrou com processo na 2ª Vara do Trabalho de Diadema (SP), sustentando que seriam ilícitas as provas apresentadas pela empresa para justificar sua dispensa por justa causa.

(Proc. TRT-RO nº 02771.2003.262.02.00-4 – 2ª Região – 1ª Turma - Juiz Relator: Plínio Bolívar de Almeida) - DOESP 01/03/06.

*O USO DO SISTEMA DE E-MAIL PROFISSIONAL PODE SER
MONITORADO PELA EMPRESA.*

Assim decidiu a Juíza Jane Granzoto Torres da Silva ao relatar processo em que mantém a justa causa para a dispensa da obreira que enviou, através de correio eletrônico, a outros colegas de trabalho notícia falsa acerca da empresa-reclamada, que promoveu o temor dos empregados frente à possibilidade da perda do emprego,

bem como a desestabilização da empresa perante o mercado externo. Para a relatora, "Endereço eletrônico fornecido pelo empregador se equipara a ferramenta de trabalho e não pode ter seu uso desvirtuado pelo empregado. Pertencendo a ferramenta ao empregador, a esse cabe o acesso irrestrito, já que o empregado detém apenas sua posse".

(Proc. TRT-RO nº 01478200406702006 – 2ª Região - 9ª Turma - Ac. nº 20060375633 – Juíza Relatora: Jane Granzoto Torres da Silva) - DOESP 23/06/06.

6. CONCLUSÃO

Diante do estudo abordado, podemos concluir que na hipótese do empregador fiscalizar ou monitorar o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho, não estaria violando o dispositivo legal previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas do indivíduo.

Como dito anteriormente o e-mail corporativo é uma ferramenta para o trabalho e não deve ser equiparado à correspondência a qual refere-se o art. 5º, inciso XII, da CF.

Portanto, na hipótese do empregador monitorar o e-mail corporativo, não haverá violação à intimidade do trabalhador. Pois, no contrato de trabalho, os equipamentos fornecidos pelo empregador para a execução das funções do empregado, não há de ser reconhecida existência de direito à privacidade, tratando-se de aspecto profissional e não pessoal.

Não podemos esquecer que o uso indevido do correio eletrônico pode trazer graves conseqüências à imagem do empregador, pois se o empregado enviar um e-mail, com conteúdo pornográfico, de cunho religioso, “correntes” ou opiniões políticas, pela caixa postal fornecida pelo empregador, poderá ser associado, aos olhos do destinatário, também como uma posição da empresa.

Importante ressaltar, também, que o uso indevido do correio eletrônico corporativo para fins particulares, pode prejudicar a imagem do empregado, acarretando em demissão por justa causa. Conforme estudado, o art. 482, da CLT, dispõe sobre as hipóteses que constituem justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, ou seja, se o empregador adotou todas as medidas

para conscientização do uso adequado do e-mail, e este não foi seguido pelo empregado, poderá o empregador, caso fique caracterizado as condutas estabelecidas no referido artigo, dispensá-lo por justo motivo.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Érica Brandini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA, Leila Carioni. **Princípio da Proporcionalidade e Colisão de Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://ccj.ufsc.br/revistadiscente/textos/n1/artigos.htm#>. Acesso em: 11.01.2013.

BITTAR, Carlos Alberto, **O direito civil na constituição de 1988**, 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL, **Constituição Federal da República Federativa do Brasil atualizada até a E.C. nº 53**, disponível em: <http://www.trt02.gov.br>, acesso em: 12.02.2013.

CARRION, Valentim, **Comentários à consolidação das leis do trabalho**, 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GIGLIO, Wagner D., **Justa Causa**, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Daniela Alves. **Direito à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, Suplemento Trabalhista, 148/05.

LAMARCA, Antonio, **Manual das justas causas**, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

LACERDA, Dorval, **A falta grave no direito do trabalho**, 4 ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1998.

LEITE, Leonardo Barém, **A necessidade de políticas de utilização e monitoramento de Internet e e-mail pelas empresas**, disponível em: <http://lex.com.br>, acesso: 12.02.2013.

MARTINS, Sérgio Pinto: **Fundamentos de direito do trabalho**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Bruno Herrlein Correia de, **Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho**, Campinas / SP: Servanda, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29ª ed. Rev. São Paulo: LTr, 2003.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de, **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho**, disponível em <http://jusnavegandi.com.br>, acesso em 12.02.2013.

_____, **O e-mail no ambiente de trabalho**, disponível em <http://jusnavegandi.com.br>, acesso: 12.02.2013.

ROMITA, Arion Sayão, **O poder disciplinar do empregador**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

STOCO, Rui, **Tratado de responsabilidade civil**, 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

ZANGRANDO, C.H. da S. **Resumo do Trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p 116/117.