

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Marilia da Veiga

O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO DIANTE
DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE FISCALIZAÇÃO DO
EMPREGADOR

Passo Fundo
2012

Marilia da Veiga

O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO DIANTE
DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE FISCALIZAÇÃO DO
EMPREGADOR

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Ipojucan Demétrius Vecchi.

Passo Fundo
2012

RESUMO

A presente pesquisa monográfica expõe aspectos a respeito da utilização da internet no ambiente laboral, mais precisamente do correio eletrônico corporativo, por parte do empregado, diante do poder de fiscalização que detém o empregador. Poder este que possui limitações na legislação vigente o que inclui o instrumento contratual bem como os direitos fundamentais. A análise feita é com base no método dialético e em posições da doutrina e jurisprudência em face da grande discussão que gera a referida questão não havendo, portanto, unanimidade no que tange ao livre acesso por parte do empregador a essa ferramenta de trabalho que por ele é fornecida. Primeiramente, é analisado aspectos da relação de emprego com maior ênfase na subordinação jurídica, visto que é um dos elementos que se mostram com maior importância na relação, e também, as novas tecnologias que fazem parte do ambiente laboral. No segundo momento, é feita uma conceituação dos direitos fundamentais, com seu surgimento e evolução, de modo que se mostram relevantes para a sua compreensão. Logo após é abordado o direito à intimidade por estar englobado pela temática principal da pesquisa, e também a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares. Já no último capítulo é abordado o correio eletrônico e o e-mail corporativo com a respectiva fiscalização por parte do empregador e os limites para tanto, em face dos direitos fundamentais. Acontece que, em razão da inviolabilidade de correspondência que abrange o e-mail corporativo e dos direitos fundamentais, não existe possibilidade da fiscalização por parte do empregador.

Palavras-chave: E-mail corporativo. Direitos fundamentais. Poder de fiscalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. DA RELAÇÃO DE EMPREGO	6
1.1 Noção.....	6
1.2 Elementos.....	9
1.3 Subordinação jurídica.....	13
1.4 As novas tecnologias e o ambiente de trabalho.....	18
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.1 Noção.....	23
2.2 Evolução.....	28
2.3 Direito à intimidade.....	32
2.4 A aplicação dos direitos fundamentais aos particulares.....	35
3. O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO	40
3.1 O e-mail corporativo e o correio eletrônico: características e conceituações.....	40
3.2 Possível enquadramento do e-mail particular na noção de correspondência	42
3.3 O monitoramento do e-mail corporativo em face do poder fiscalizatório do empregador.....	47
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica tem por finalidade o estudo a respeito do uso do correio eletrônico corporativo pelo empregado com fito particular, sendo que este instrumento é fornecido pelo empregador. Ademais, é abordada a viabilidade de monitoramento por parte do empregador em face do poder de fiscalização que este detém.

A escolha do tema se deu pelo fato de que dentre tantos outros aspectos existentes nas relações de emprego este se mostra especialmente importante, uma vez que não raras vezes deixa de ser abordado. Melhor dizendo, as circunstâncias se passam como se não houvesse violação de direitos do empregado, razão pela qual deve ser conferida maior ênfase na pesquisa no que se refere às limitações do empregador. Verifica-se que o empregador desprezita os direitos que possui o empregado de tal maneira que instigou a análise a ser feita quanto aos limites do poder de fiscalização nas relações empregatícias a fim de verificar as várias possibilidades e garantias que asseguram os direitos fundamentais. Dessa forma, aumenta-se ainda mais o interesse através da pesquisa sobre o assunto para a elaboração do trabalho monográfico.

Doutrinariamente, é verificado que existe divergência acerca do tema abordado, cabendo ressaltar que no tocante ao aspecto jurídico há grande proteção ao trabalhador frente ao ambiente de trabalho, entretanto as garantias asseguradas pela legislação frequentemente são violadas, o que acarreta o grande número de litígios. Razão pela qual se faz necessário o aprofundamento da pesquisa com relação à eficácia das referidas garantias.

Por isso, a pesquisa realizada buscará demonstrar se existe ou não a possibilidade de livre acesso ao correio eletrônico corporativo pelo empregador em razão do poder empregatício que possui, mais precisamente o poder de fiscalização. Para tanto utiliza-se o método dialético, a partir do qual analisam-se os atuais posicionamentos acerca da questão, e também, com base na legislação vigente, em posições doutrinárias e jurisprudenciais que guiarão o entendimento final acerca da temática.

Inicialmente será feita uma abordagem acerca da relação de emprego evidenciando a diferenciação entre esta e a relação de trabalho, sendo que dentre os elementos que compõe a relação de emprego será dado maior ênfase à subordinação jurídica, ao passo que é essencial para a relação empregatícia e serve como elemento diferenciador quando da solução de conflitos existentes na configuração das relações de emprego. Ainda, serão demonstrados

aspectos relevantes acerca das novas tecnologias que surgem com o passar do tempo e que são implementadas nos ambientes laborais devido às novidades e facilidades que apresentam, ocasionando por vezes violações aos direitos e garantias que possui o trabalhador.

Num segundo momento demonstrar-se-á a noção e evolução dos direitos fundamentais para que possibilite a sua melhor compreensão. Logo após será feita uma análise mais focada no direito à intimidade a fim de justificar a proteção dos direitos dos trabalhadores em face do poder exercido pelo empregador. Posteriormente, serão feitas algumas considerações acerca da aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, situação esta que gera certa discussão doutrinária ao passo que existem teorias a respeito com o objetivo de explicar a aplicabilidade e suas formas.

Por fim, adentrando na problemática da presente pesquisa, serão demonstradas as diferenças entre o correio eletrônico e o e-mail corporativo com a análise sobre o possível enquadramento de ambos como correspondência e com a consequente proteção contra a sua violação. Além disso, far-se-á uma abordagem quanto a limitação do poder de fiscalização do empregador diante dos direitos fundamentais do empregado.

Assim, serão demonstrados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da inviolabilidade do correio eletrônico corporativo, uma vez que há quem entenda ser esse instrumento inviolável e o empregador não ter livre acesso a ele, ferindo também o direito à intimidade do trabalhador. Em contrapartida, há entendimentos contrários de que tal ferramenta não está protegida pela inviolabilidade de correspondência devendo ser utilizada exclusivamente para fins profissionais.

1 DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Primordialmente cumpre fazer algumas considerações acerca da relação de emprego e relação de trabalho, de modo que não há como falar em contrato de trabalho sem antes ficar claro os aspectos pertinentes a essa noção.

Após serão tratados dos elementos que compõem o contrato de trabalho com ênfase à subordinação, que se faz de total importância para o deslinde da presente pesquisa. Em seguida, será adentrado na perspectiva atual no que tange as novas tecnologias e o ambiente de trabalho.

1.1 Noção.

Inicialmente cabe trazer a definição do contrato individual de trabalho, estando expressa no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que gera certa crítica por parte da doutrina, visto que o referido dispositivo prevê o seguinte: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego”. Nas palavras de Maranhão, “girando em círculo vicioso, nada esclarece essa definição a respeito do que pretende definir”. (1980, p. 40)

Nota-se que o conceito previsto na legislação trabalhista acima citado, não está em consonância com o posicionamento adotado pela doutrina, de modo que suas expressões estão contaminadas, não fazendo qualquer distinção entre relação de emprego e relação de trabalho.

Nesse sentido, cumpre mencionar o posicionamento de Maranhão:

Diz-se haver redundância na definição legal, quando afirma ser, o *contrato*, um *acordo*, expressões sinônimas da convergência de vontades de duas ou mais pessoas com o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Afirma-se ter incorrido o legislador num círculo vicioso ao estabelecer correspondência entre relação de emprego e contrato de trabalho. (apud CAMINO, 2003, p. 273)

Assim sendo, faz-se necessário uma breve distinção do que seja a relação de emprego e a relação de trabalho sendo, portanto, nas palavras de Vecchi “que a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie”, visto que a relação de trabalho está presente nas mais diversas relações jurídicas que tenha por finalidade a prestação de serviços remunerados ou não, eventual e subordinado, ao passo que a relação de emprego é uma relação de trabalho subordinado. (2009, p. 339)

Portanto, as relações de trabalho alcançam toda modalidade de trabalho humano e cada uma dessas modalidades possui características próprias, ao passo que as relações de emprego estão relacionadas ao trabalho subordinado.

Cumpra apenas mencionar algumas modalidades das relações de trabalho, a fim de facilitar o entendimento acerca da diferenciação e abrangência entre a relação de trabalho e relação de emprego, sendo elas: relação de emprego, relação de trabalho autônomo, relação de trabalho eventual, relação de trabalho avulso, relação de trabalho voluntário, relação de trabalho institucional, relação de trabalho de estágio, relação de trabalho cooperativado.

No que tange a relação de emprego, esta possui peculiaridades que não se fazem presente na relação de trabalho, senão vejamos:

Relação de emprego é a relação de trabalho subordinado.[...] é o vínculo de trabalho humano sob subordinação. Entretanto, a subordinação não é o único requisito para a caracterização da relação de emprego. Também o são a prestação de trabalho por pessoa física, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade. Isto posto, só será empregado o trabalhador que reunir todos esses requisitos na relação que mantém com o tomador de seus serviços. (RESENDE, 2012, p. 63-64)

Assim, fica clara a diferença entre a relação de trabalho e a relação de emprego ao passo que esta última envolve uma série de fatores que não são abrangidos pela primeira. Entretanto, não cabe aqui fazer uma análise detalhada de cada elemento que compõe a relação de emprego, de modo que será tratado em item específico.

Dessa forma, o contrato de trabalho é um acordo tácito ou expresso por meio do qual o empregado e o empregador convencionam quais são os direitos e obrigações que irão reger essa relação por eles ajustada, observada a ordem jurídica vigente.

Dentre as obrigações que se farão presentes no contrato de trabalho, destacam-se a prestação de serviços por parte do empregado, e a de remunerar o trabalho realizado por parte do empregador. Cabe ressaltar que a prestação de serviço deve se dar de forma não eventual, pessoal, remunerada e com subordinação.

Como se observa, os contratos estão regulamentados de uma maneira que não levam em consideração apenas a autonomia da vontade, mas sim, outros aspectos importantes. Portanto, compete mencionar ensinamento a respeito:

O contrato não está mais atrelado de forma visceral à chamada “autonomia da vontade”, pois outros princípios, como a confiança, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, incidem sobre comportamentos típicos reconhecidos pela ordem jurídica como contratuais. (VECCHI, 2009, p. 471)

Logo, o contrato gera o vínculo entre as partes pactuantes, demonstrando a vontade de ambas que ali estará estabelecida, levando em consideração ainda, a confiança, a boa-fé objetiva e a função social do instrumento contratual.

Portanto, diante dos aspectos aqui analisados no que concerne a relação de emprego e algumas assertivas sobre o instrumento contratual, faz-se necessário adentrar nos elementos que compõem a relação de emprego para melhor compreensão da importância que têm esses componentes no meio laboral.

1.2 Elementos.

Os elementos necessários para a caracterização da relação de emprego estão previstos nos artigos 2º¹, 3º² e 442³ da Consolidação das Leis do Trabalho. Sendo que o primeiro dispositivo define a figura do empregador, demonstrando que este é quem assume os riscos da atividade econômica e quais os poderes que possui diante da relação laboral. Já o segundo dispositivo dispõe acerca do empregado e outros elementos que compõe o contrato, ao passo que o último dispositivo conceitua o contrato individual de trabalho, de acordo com análise já feita no item anterior.

Conforme se extrai do dispositivo acima citado (artigo 2º) considera-se empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Equipara-se a ele “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

Nas palavras de Nascimento, “empregador é o ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado”. Portanto, para se chegar à identificação do empregador basta verificar se está presente a figura do empregado. (2001, p. 195)

¹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

² Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

³ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Como adiante será analisado, a personalidade é um dos elementos da figura do empregado, entretanto, no que tange ao empregador tal elemento se torna irrelevante de modo que uma de suas características é a despersonalização, segundo ensinamento que segue:

A característica da despersonalização da figura do empregador consiste na circunstância de autorizar a ordem justrabalhista a plena modificação do sujeito passivo da relação de emprego (o empregador), sem prejuízo da preservação completa do contrato empregatício com o novo titular.[...] Aqui predomina a impessoalidade, acentuando a lei a despersonalização como marca definitiva do sujeito passivo da relação de emprego. (DELGADO, 2011, p. 392)

Então, a partir dessa característica é possível verificar que com a substituição do empregador não se rompe o contrato de trabalho, constatando-se a figura da sucessão trabalhista que encontra amparo nos artigos 10⁴ e 448⁵ da Consolidação das Leis do Trabalho. Ainda, é possível a responsabilização dos sócios da empresa, quando esta não tiver bens suficientes.

Outra característica atinente ao empregador se refere à assunção dos riscos (alteridade) que se baseia na transferência a uma única parte dos riscos da atividade empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado, não atingindo o empregado com os prejuízos ou perdas que possam acontecer. É aplicável mesmo aos empregadores que não exerçam atividade de natureza econômica. (DELGADO, 2011, p. 393-395)

Segundo o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregado obrigatoriamente deve ser pessoa física que presta ao empregador serviços de natureza não eventual, com personalidade, mediante remuneração e com subordinação.

Não há possibilidades de o empregado ser pessoa jurídica, uma vez que há uma maior proteção em relação a ele, pois este é a parte que se encontra em situação mais frágil na relação contratual, segundo ensinamento:

⁴ Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

⁵ Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural. (DELGADO, 2011, p. 280)

Assim fica claro que o empregado não poderá ser pessoa jurídica. Acontece que não raras vezes é verificado que ocorre tal situação a fim de afastar a proteção dos direitos trabalhistas, devendo ser observado o seguinte aspecto:

[...] Todavia, o que não é raro em casos práticos é que muitas vezes, sob as vestes de pessoa jurídica, de fato se apresente uma pessoa física prestando serviços como verdadeiro empregado. Em casos como estes, quando evidenciado que a pessoa jurídica apenas serve como instrumento para afastar a tutela trabalhista, funcionando como subterfúgio para fraude, são possíveis a decretação de nulidade da fraude perpetrada e a declaração do vínculo de emprego. (VECCHI, 2009, p. 368-369)

Para afirmar a ideia de que o empregado de forma imprescindível deverá ser pessoa física, a situação acima ilustra o caso de tal elemento não estar presente da relação contratual, ocasião em que deve ser decretada a nulidade da fraude realizada e o vínculo empregatício reconhecido.

O *caput* do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho prevê a seguinte situação: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. Logo, a prestação de serviços não necessita ser efetiva, podendo haver a contratação para a realização de serviços que não sejam efetivados no exato momento da contratação.

Outro elemento que caracteriza a figura do empregado é a prestação de serviços de forma não eventual, fazendo-se importante uma breve conceituação e distinção com o trabalho eventual, conforme ensinamento:

Serviços não-eventuais são os serviços rotineiros da empresa, por isso, necessários e permanentes, vinculados ao objeto da atividade econômica, independentemente do lapso de tempo em que prestados, antítese dos serviços eventuais, circunstancialmente necessários, destinados ao atendimento de emergência, quando interessa a obtenção do resultado ou a realização de determinado serviço e não o ato de trabalhar. (CAMINO, 2003, p. 188)

Portanto, o trabalho realizado deve ser habitual, fazendo parte da rotina natural da empresa, ao contrário daquele prestado de maneira eventual. Ainda nesse sentido, existem algumas teorias que buscam esclarecer o que seja o trabalho não eventual, sendo elas: teoria do evento, teoria dos fins, teoria da descontinuidade e teoria da fixação.

A teoria do evento consiste no fato de que o serviço não eventual não deve ser ligado a um determinado evento, pois acontecendo essa situação, assim que terminado o trabalho o empregado estaria automaticamente desligado. No que tange a teoria dos fins, a atividade está adstrita aos fins normais da empresa. Já a teoria da descontinuidade, entende como serviço não eventual aquele em que o empregado é permanente, e não ocasional. E por fim, a teoria da fixação dispõe que o empregado se fixa numa fonte de trabalho, sendo ela jurídica. (NASCIMENTO, 2001, p. 166)

Então, a não eventualidade se caracteriza em face da prestação laboral se realizar com habitualidade não sendo episódico, portanto, e nem estando ligado a determinados eventos que com o seu fim gera o desligamento automático do empregado.

A pessoalidade está ligada somente ao empregado, em razão de que a prestação de serviços é uma prestação “*intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados”. (DELGADO, 2011, p. 281).

Logo, no caso de sobrevir a substituição do empregado de maneira ocasional e com a anuência do empregador, não haverá maiores problemas, não descaracterizando a relação de emprego. Entretanto, se esta substituição for permanente ocasionará uma nova relação de emprego.

Dentre as obrigações do contrato laboral está a do empregado de efetuar a prestação de serviços e a do empregador de pagar o salário do obreiro. Nesse sentido, segue importante posicionamento acerca da temática:

A relação de emprego é uma relação jurídica bilateral, comutativa e onerosa, na qual há o intuito de remuneração do trabalho prestado ou a prestar. Nesse contexto, a remuneração deve ser entendida como intuito remuneratório, pois pode haver relação de emprego sem que haja o pagamento efetivo da remuneração, desde que, todavia, esteja presente a onerosidade, não havendo o intuito gratuito da prestação de serviços. (VECCHI, 2009, p. 357)

Assim, para toda atividade desenvolvida pelo obreiro deve haver a contraprestação, isto é, o pagamento de sua remuneração. Não restando dúvidas de que este elemento deve se fazer presente na relação laboral, de modo que se o trabalho prestado for gratuito, não haverá relação de emprego.

Por fim, temos o elemento subordinação “considerado 'pedra de toque' para a caracterização da relação de emprego, diferenciado-a de outras relações de emprego”. Dessa forma, o vínculo existente entre as partes faz com que uma delas, o empregado, esteja subordinado ao outro, o empregador. (VECCHI, 2009, p. 358)

Em razão de ser esse um dos elementos de maior importância para a relação de emprego, cabe fazer uma análise mais aprofundada, consoante será tratado no item seguinte.

Faltando qualquer um dos requisitos acima mencionados não se configurará a relação de emprego, situação em que para o reconhecimento do vínculo empregatício não se leva em consideração qual o tipo de trabalho realizado, como afirma o parágrafo único do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 7º, inciso XXXII da Constituição Federal, uma vez que não há distinção entre as atividades desenvolvidas.

1.3 Subordinação jurídica.

A subordinação é um dos elementos da relação de emprego que consiste, portanto, no fato de o empregado estar cingido a cumprir as ordens do empregador, nas palavras de Martins, “o obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é

dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador”. (2005, p. 127)

Então o trabalhador exerce suas funções com dependência ao empregador, o que faz com que fique evidenciada a subordinação presente na relação contratual, pois é o empregador quem detém o poder sobre o empregado, essa dependência está contida no caput do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho nos seguintes termos: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Todavia, temos posicionamento acerca da utilização da expressão dependência, que segue:

Nossa lei usa a palavra “dependência”. No entanto, em lugar dela, generalizou-se hoje outra expressão, a palavra “subordinação”, da maior importância, uma vez que permite dividir dois grandes campos de trabalho humano: o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. Empregado é um trabalhador subordinado. Se o trabalhador não é subordinado, será considerado trabalhador autônomo, não empregado. (NASCIMENTO, 2001, p. 161)

Assim, a subordinação se mostra de uma forma especial em razão de não raras vezes ser um fator diferencial para a solução das relações que se mostram em conflito, que servirá de base para a distinção de outras maneiras de prestação de trabalho.

Cumprido ressaltar que esse diferencial que será verificado nas relações, fazendo com que se tenha uma solução dos litígios, não está restrito ao empregado em si, mas sim, a forma de prestação do serviço, a qual demonstra estar presente ou não o elemento da subordinação, como importante ensinamento a respeito:

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um *prisma objetivo*: ela atua sobre o *modo de realização* da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a *visão subjetiva* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. (DELGADO, 2011, p. 291)

Assim, qualquer concepção no que diz respeito à subordinação não deve ser vista sob o aspecto subjetivo, mas sim objetivo, em razão de que é a prestação de trabalho que deverá ser analisada a fim de verificar se existe a subordinação na relação laboral entre as partes contratantes.

Em contrapartida, há múltiplas divergências doutrinárias no que tange a natureza jurídica da subordinação, sendo caracterizada por diferentes teorias, quais sejam: natureza hierárquica, natureza econômica, natureza técnica e natureza jurídica. Acerca dessas teorias, segue ensinamento de Nascimento:

Divergem os autores quanto ao modo com que a subordinação é concebida. Para alguns, a subordinação é de natureza hierárquica, sendo considerada uma situação em que se encontra o trabalhador por se achar inserido numa organização de trabalho de outrem. Para outros, a subordinação é de natureza econômica; a dependência econômica, criticada porque nem todo dependente econômico é empregado, como filho em relação ao pai que o mantém. Para outros, a subordinação é técnica, significando que o empregado depende tecnicamente do empregador, tese que recebe crítica de que os tecnocratas não dependem do empregador, este é que na verdade depende daqueles. Para outros a subordinação é jurídica, significando a situação contratual do trabalhador em decorrência da qual está sujeito a receber ordens, tese que vem recebendo maior aceitação. (2001, p. 165)

Ainda nesse sentido, no que se refere à subordinação econômica, que consiste no fato de que o trabalhador depende economicamente do empregador, há grandes censuras visto que existem casos em que o trabalhador tem uma situação econômica mais farta que o empregador e isso não altera suas obrigações contratuais, senão vejamos:

Contudo, ainda que o critério econômico acima citado tenha irrefutável validade sociológica, ele atua na relação jurídica específica como elemento externo, incapaz, portanto, de explicar, satisfatoriamente, o nexos preciso da assimetria *poder de direção/subordinação*. De par com isso, a assincronia econômico-social maior ou menor entre dois sujeitos da relação de emprego não necessariamente altera, em igual proporção, o feixe jurídico de prerrogativas e deveres inerente ao poder empregatício (com sua dimensão de direção e subordinação). (DELGADO, 2011, p. 292-293)

Assim como a subordinação econômica, a técnica também recebe críticas a seu respeito uma vez que não raras vezes há empregados que possuem mais conhecimentos técnicos que os empregadores, e estes efetuam a contratação justamente pelo fato de que necessitam desse conhecimento na sua empresa.

No que diz respeito à subordinação hierárquica, que consiste no fato do trabalhador se fazer presente numa organização de trabalho de outrem, temos importante posicionamento acerca da temática:

É, assim, perfeitamente possível vislumbrar objetivamente a subordinação hierárquica, independentemente dos aspectos subjetivos de sujeição do empregado ao comando do empregador. Estes, embora em regra sempre presentes (controle de horário, submissão a distribuição, orientação e fiscalização da prestação de trabalho, diretamente pelo empregador ou pelas chefias, regulamento disciplinar), não são indicativo seguro do estado subordinado. A visão objetiva do instituto está plasmada na magnífica obra de Paulo Emílio Ribeiro Vilhena, onde a subordinação do empregado é conceituada “como participação integrativa do trabalhador na atividade do credor de trabalho”, o empregador. Tal conceito se explicita numa visão dinâmica do vínculo hierárquico, a manter o trabalhador junto à empresa, como um dos componentes do seu “giro total” em movimento, assim como o são a atividade de seus diretores, o desempenho das máquinas e o próprio capital, compondo todo o processo produtivista ou de fornecimento de bens. (CAMINO, 2003, p. 215-216)

Logo, a subordinação hierárquica se mostra de tal forma que independe dos aspectos subjetivos de submissão do obreiro ao comando do empregador, bastando que haja a participação integrativa na atividade do empregador, o que torna o trabalhador um dos componentes da empresa.

Entretanto a posição dominante é de que a subordinação tem natureza hierárquica e jurídica, configurando-se somente nos casos em que o trabalhador está cingido a cumprir as ordens emanadas do empregador, numa organização de tipo piramidal. (VECCHI, 2009, p. 359)

Além disso, em face das mudanças que ocorrem na sociedade e conseqüentemente nas relações trabalhistas a subordinação mostra-se em três dimensões, sendo elas a clássica, objetiva e estrutural, que farão com que o conceito de subordinação possa ser adequado às diversas situações que com o decorrer do tempo vão sofrendo alterações. A subordinação clássica é aquela que decorre do próprio contrato de trabalho, consoante posicionamento de Delgado:

Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. É a dimensão original da subordinação, aquela que mais imediatamente na História substituiu a anterior servidão na realidade européia, propagando-se genericamente pelo capitalismo disseminado nas décadas e séculos seguintes. Continua, hoje, como a mais comum e recorrente modalidade de subordinação, ainda bastante destacada nas relações socioeconômicas empregatícias. (2011, p. 293)

Dessa forma, a subordinação clássica consiste no fato do trabalhador comprometer-se a aceitar o poder de direção do empregador no tocante a realização de suas tarefas laborais, ocorrendo através da manifestação desse poder, isto é, a partir da intensidade das ordens a ele dirigidas.

No que diz respeito à subordinação objetiva, esta se faz presente nos casos de integração do obreiro nas finalidades e objetivos do empreendimento do empregador mesmo que afrouxadas “as amarras do vínculo empregatício”. Assim, a subordinação é atrelada a um critério unicamente objetivo, ou seja, ocorre a vinculação do poder sobre a atividade, atividade esta que está ligada aos objetivos empresariais. (DELGADO, 2011, p. 294)

A subordinação estrutural versa sobre a situação de que o empregado não precisa, necessariamente, receber ordens diretas do tomador de serviços, mas que deve estar de acordo com sua organização e funcionamento, senão vejamos:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*. (DELGADO, 2007, p. 37)

Portanto, a dimensão estrutural não está relacionada aos objetivos do empreendimento, muito menos ao recebimento de ordens diretas do empregador, mas sim, necessariamente, a inserção do trabalhador na dinâmica de organização e funcionamento da atividade do tomador de serviços.

No que concerne aos casos em que não se faz presente a subordinação direta do trabalhador ao empregador, mas esta ocorre de maneira indireta, como nos trabalhos prestados à distância ou naqueles em que estão situados numa fronteira entre a subordinação e a autonomia, existe certo controle que acaba por retirar a autonomia do trabalhador. Essa figura intermediária chama-se de parasubordinação, que exprime esta subordinação mitigada. (VECCHI, 2009, p. 361)

Assim sendo, a subordinação desempenha um papel de total importância nas relações laborais, visto que é a essência da relação de emprego e não raras vezes é utilizada como fator diferencial para a solução das relações que se mostram em conflito. Cumpre ressaltar que essa análise não será feita sobre a figura do empregado, mas sim, sobre a prestação de trabalho em si, devendo sua conceituação ser adequada às situações que com o decorrer do tempo vão sofrendo alterações, principalmente com as novas tecnologias implantadas nos meios laborais, situação esta que será exposta a seguir.

1.4 As novas tecnologias e o ambiente de trabalho.

De acordo com a Norma 004/95, item 3, alínea “a”, da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), o termo Internet “designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como ‘software’ e os dados contidos nestes computadores”.

O sistema de internet oferece uma cadeia de serviços que se alteram com o desenvolvimento tecnológico, atendendo às necessidades de inúmeras pessoas. As novidades surgem muito rapidamente, podendo assim, os meios mais populares de hoje cair em desuso amanhã, nas palavras de Sanden a internet é uma espécie de “metamorfose ambulante”. (2011, p. 453)

A internet e os serviços por ela oferecidos integram de maneira crescente o modo pelo qual a prestação de serviço subordinado é realizada, devido às novidades e facilidades que apresenta. Nesse aspecto destacam-se o correio eletrônico que é uma forma de comunicação muito utilizada hoje pelas empresas devido à rapidez e ao baixo custo.

Entretanto, a internet não trouxe apenas benefícios, ao passo que está presente cada vez mais nas relações de trabalho acarretando por vezes violações aos direitos e garantias que possui o trabalhador. Direitos estes que não devem ser deixados de lado em virtude de que tem a finalidade de equiparar a parte mais frágil da relação com a detentora dos meios de produção.

Ao lado das violações que podem ser ocasionadas em relação a essa nova tecnologia, também é encontrado um fator de desemprego causado pelas inovações tecnológicas, que induz a precarização do trabalho nesse meio, visto que grande parte da população dos países subdesenvolvidos não tem total acesso as ferramentas para se manter atualizados, e em alguns casos nem mesmo acesso à escola, o que gera um grande impacto. (ROCHA, 2004, p. 196-197)

Juntamente com todas as novidades apresentadas pela internet, ela trouxe ainda um grande potencial de controle, o que faz com que o empregador possua o total domínio sobre os sites que são acessados, consoante posicionamento a respeito:

Ao lado de todas essas facilidades, a *Internet* trouxe um grande potencial de controle. Isso decorre do modo como é feito o registro dos comportamentos e da permanência da informação no âmbito da rede. Diferentemente do que ocorre na “*vida real*”, na *Internet* a regra é o registro integral do comportamento. (SANDEN, 2011, p. 453)

Cabe ressaltar que o referido controle deve ser exercido de maneira que não ultrapasse os limites estabelecidos na relação de emprego, assim como os direitos que são garantidos na legislação que atualmente vige, caso contrário caracterizaria o abuso do direito.

Assim sendo, ao lado de todos os benefícios que a internet traz ao ambiente de trabalho, o que facilita em muito o desenvolvimento das atividades laborais, não podem ser esquecidos todos os direitos dos trabalhadores que até hoje foram conquistados e que devem ter plena eficácia, uma vez que eles protegem a parte hipossuficiente na relação de trabalho, isto é, o empregado.

Em contrapartida, as novas tecnologias não estão relacionadas somente no âmbito da internet, mas também se fazem presentes através de celulares, rastreador veicular, câmeras, sensores de movimento, GPS, dentre outros equipamentos que passam a fazer parte da rotina das empresas.

Juntamente com as mudanças que vem ocorrendo na sociedade, as relações de emprego também estão evoluindo, como é o caso do trabalho domiciliar em que pode ser exercido na mesma localidade da empresa ou em localidade diversa, sendo que o controle dessa atividade pode se dar por diversos meios que estão disponíveis hoje, como por exemplo, programas de computador que exercem o controle à distância capaz de fotografar o comportamento do trabalhador.

As relações de emprego estão evoluindo, contudo os elementos de formação do contrato de trabalho não podem deixar de ser analisados, mas agora sob um novo cenário, conforme ensinamento que segue:

No tocante aos elementos fático-jurídicos essenciais à relação empregatícia, os mesmos não desaparecem, nem requerem novo modelo normativo apto a redefini-los, ante o contexto atual sociedade, notadamente sob enfoque das modificações trabalhistas. Apenas se tem uma relativização conceitual de alguns elementos diante de peculiaridades da nova formatação contratual. (CHIARELLI, 2007, p. 289)

No tocante ao aspecto relacionado a não concessão de horas extras no caso de atividades incompatíveis com o controle de jornada, contida no artigo 62, inciso I da Consolidação das Leis do Trabalho⁶, se a função realizada pelo empregado for passível de controle esse dispositivo não poderá ser aplicado, conforme importante ensinamento acerca da temática:

O entendimento dos tribunais, aplicados ao caso de rastreador veicular poderiam ser utilizados também em caso de rastreamento via celular, e em ambos os casos a existência desse tipo de controle afastaria a incidência do dispositivo de lei em questão. Assim, existindo a possibilidade de monitorar o empregado, ainda que o empregador não se utilize desta faculdade, não haveria incidência da lei eis que basta que a tecnologia possibilite o controle. (MEDEIROS; RENAULT, 2010, p. 3921)

Destarte, quando se tratar de situações em que os avanços tecnológicos permitam que haja o controle da jornada de trabalho do empregado, não se pode negar a ele o direito às horas extraordinárias que lhe são devidas, visto que a tecnologia não pode beneficiar apenas o empregador.

Todas as mudanças trazidas geraram grandes reflexos nas relações trabalhistas como é o caso da extensão da jornada de trabalho, pois muitas empresas ficam abertas 24 horas por dia, situação que antigamente não acontecia, mas que hoje há todo um suporte para que isso ocorra, nesse sentido:

⁶ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

Assim como a luz presenteou a humanidade com um número maior de horas para realizar diversas atividades, em contrapartida possibilitou que o trabalho também fosse realizado em horários que antes eram dedicados ao descanso. O mundo info-info ampliou o acesso à informação, ao lazer, à educação e ao mercado de trabalho, esta nova realidade também contribui para o aumento na concorrência, eis que antes um candidato à determinada vaga de emprego disputava esta colocação com seus conterrâneos, hoje pode estar concorrendo com candidatos de outros estados, países ou continentes. (MEDEIROS; RENAULT, 2010, p. 3921-3922)

Por isso, se verifica que essa disseminação acaba por reprimir o trabalhador a cumprir suas metas a qualquer custo, muitas vezes fazendo isso até mesmo durante as suas refeições, em razão da busca pela permanência no seu posto de trabalho o que faz com ele se submeta a essas situações.

Ainda nesse sentido temos importante posicionamento de Rocha: “como o trabalho continua sendo a única forma de integração social se expõem os excluídos à humilhação e os empregados à exploração cada vez mais acentuada, sob o terror do risco do desemprego”. Assim, mais uma vez fica evidente a submissão dos obreiros no que concerne aos meios de manter seus empregos diante das inovações que a cada dia vem surgindo nos ambientes laborais. (2004, p. 201)

Por outro lado, há quem entenda que as inovações tecnológicas além de trazer alguns pontos negativos para a sociedade, também gera novas oportunidades laborativas para os trabalhadores, consoante posicionamento que segue:

A inovação tecnológica, no entanto, ao mesmo tempo que destrói produtos, empresas, atividades econômicas e empregos, também pode criar novos produtos, novas empresas, novos setores e atividades econômicas e, portanto, novos empregos. Em outras palavras, a inovação tecnológica, embora possa modificar a qualidade e a quantidade do emprego, não determina *a priori* seu resultado, sobretudo quando observada a economia nacional. (MATTOSO, 2000, p. 122)

Portanto, como verificado a partir dos posicionamentos acima citados, as novidades trazidas pelos avanços tecnológicos proporcionam grandes benefícios aos empregadores, mas também não acarretam somente prejuízos aos empregados ao passo que igualmente a eles é proporcionado vantagens em alguns aspectos laborais, como é o caso da criação de novos setores e conseqüentemente de novas vagas de emprego.

Cumprе ressaltar que como são diversas as modificações nas relações contratuais em face das inovações, a legislação não acompanha esse ritmo, fazendo com que sejam

primordialmente observados os direitos fundamentais que têm papel essencial nesses casos, conforme ensinamento a respeito:

Tendo em vista a ausência de legislação específica aplicável aos casos envolvendo as novas tecnologias e a existência de normas constitucionais que se enquadram naturalmente às inovações tecnológicas, estas deverão ser observadas em consonância com os direitos fundamentais do trabalhador, cuja essência se encontra na dignidade da pessoa humana. (MEDEIROS; RENAULT, 2010, p. 3924)

Assim, as novas tecnologias não podem surgir no ambiente de trabalho com o fim de invadir a privacidade ou até mesmo como instrumento inesgotável de controle, mas sim em benefício das partes que fazem parte da relação laboral, e não somente de uma delas, no caso o empregador, situação em que não podem ser afastados os direitos mínimos que possui o trabalhador já que inexistente legislação específica no que tange a essas inovações tecnológicas.

Em contrapartida, deve ser feita uma análise mais profunda no que se refere aos direitos fundamentais que possui o empregado e a eficácia perante as relações privadas, e mais especificadamente ao direito à intimidade que não raras vezes é violado em razão dos novos parâmetros implementados no ambiente laboral que decorrem das novas tecnologias. Essa análise será aprofundada no capítulo seguinte.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No decorrer do presente capítulo não será feita uma análise minuciosa a respeito dos assuntos a serem analisados de modo a esgotar os temas, em razão de que para isso seria necessário muito mais que um trabalho monográfico. Dessa forma, serão abordadas apenas questões pertinentes em face da relação empregatícia que traz em seu bojo o respeito aos direitos fundamentais dos empregados, posto que são direitos que devem ser observados em qualquer situação, motivo pelo qual são indispensáveis na presente pesquisa.

Assim, inicialmente será feita uma conceituação do que sejam os direitos fundamentais, o seu surgimento e evolução de modo que tais aspectos se mostram importantes para a sua compreensão. Após, é necessária uma análise acerca do direito à intimidade, visto que está englobado pela temática principal da presente pesquisa, e a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares.

2.1 Noção.

A noção de direitos fundamentais envolve grande discussão doutrinária acerca da diferenciação entre a terminologia “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Por isso, torna-se necessário trazer os posicionamentos sobre essa discussão, consoante será demonstrado.

Ao adentrar na discussão terminológica acerca dos direitos fundamentais, Sarlet afirma que:

[...] tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”[...] (2009, p. 27)

Assim, fica claro que no que se refere aos direitos fundamentais há diversas nomenclaturas utilizadas pelos doutrinadores, demonstrando que não existe unanimidade quando fazem referência a um mesmo aspecto, isto é, aos direitos fundamentais.

Ante a utilização de diversas expressões para se referir aos direitos fundamentais, Silva entende que a expressão mais adequada a esse estudo é “direitos fundamentais do homem”, consoante argumenta:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. (2011, p. 178)

Então a referida expressão abrange diversos fatores no sentido de que os direitos fundamentais devem estar positivados de acordo com a ideologia política de cada ordenamento jurídico, ao passo que tais direitos devem observar aqueles casos em que são essenciais para a pessoa humana, sendo imprescindível a sua efetivação.

Acontece que a doutrina vem abordando com mais frequência a expressão “direitos humanos”, em decorrência da similitude que possui com os “direitos fundamentais”. Dessa forma, segue importante ensinamento acerca da temática:

[...] assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” [...] Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). [...] a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2009, p. 29)

Deste modo, os direitos fundamentais igualmente são direitos humanos pelo fato de que seu titular sempre será o ser humano. Não obstante, os direitos fundamentais encontram-se positivados na Constituição de um Estado, isto é, possuem caráter nacional, em contrapartida aos direitos humanos que são tutelados por normas internacionais, independentemente de ter vinculação com certa ordem constitucional e, portanto, possuem caráter supranacional com validade universal.

No que tange aos direitos fundamentais, estes estão positivados na Constituição. Nas palavras de Canotilho “significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”. (2003, p. 377)

Em contrapartida, os direitos humanos são marcados pela historicidade, devendo ser reconhecidos a todos os seres humanos simplesmente pelo fato de assim se caracterizarem, “o que não configura uma decaída na metafísica, no sentido de se sustentar uma essência humana imutável e aistórica”. Por isso, tais direitos decorrem de “postulados ético-jurídicos” que ao longo do tempo foram arquitetados, sendo imprescindíveis para a vida humana digna. (VECCHI, 2009, p. 162)

Cumprir mencionar que os direitos humanos estão estritamente vinculados às mudanças que ocorreram na sociedade, que conseqüentemente geraram conquistas para a humanidade. Assim, esses direitos possuem um caráter histórico, havendo importante ensinamento de Bolzan de Moraes, que os define como:

[...] conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos em um comprometimento comum com a dignidade comum. (apud VECCHI, 2009, p. 160)

Por isso, no que diz respeito aos direitos humanos estes são caracterizados pela historicidade de modo que ocorre a influência da vida humana e social, refletindo de forma especial, a dignidade da pessoa humana.

Para Bonavides os direitos fundamentais são todos aqueles que possuem positivação na constituição, sendo imutáveis ou pelo menos com mudança de forma dificultada. Além disso, são direitos do homem livre e isolado, isto é, direitos que tem em face do Estado, ao passo que cada Estado possui seus direitos fundamentais específicos que variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado e a espécie de valores e princípios que a constituição consagra. (2011, p. 561)

A partir desses posicionamentos, é necessária uma análise com a Constituição Federal de 1988, a qual demonstra em seu artigo 5º, parágrafo 2º⁷, com clareza que os direitos fundamentais nela expressos não excluem outros originados do regime e princípios por ela adotados, ou, ainda, dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Destarte, qualquer direito que completar esses requisitos igualmente se eleva a classe de fundamentais, independentemente de positivação constitucional.

Além disso, importante aludir à situação contida no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal⁸, posto que para Ferreira Filho, o procedimento de aprovação constitucional que consta no referido artigo deve ser cumprido para que o regime estipulado no tratado tenha caráter constitucional. Isto é, o regime jurídico para o exercício dos direitos

⁷ 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:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸ 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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

humanos só terá “status constitucional” se respeitado o procedimento, na sua íntegra, contido na Constituição. (2007, p. 5-6)

A partir dos conceitos trazidos de acordo com a visão dos doutrinadores anteriormente citados, fica fácil vislumbrar a diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, sendo que para Vecchi a diferenciação deve ser repensada, ou ao menos “flexibilizada”, em decorrência de motivos “tanto de ordem de legitimidade como de conveniência, que estão intimamente interligadas”, conforme fundamenta:

[...] Percebemos, assim, diante do fenômeno da globalização, a necessidade de uma concepção mais aberta sobre esses direitos, na qual seja possível a defesa da pessoa humana em quaisquer tipos de relações, internas ou não a um determinado Estado. Há, portanto, a necessidade do aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção que atuam tanto dentro dos Estados como na esfera internacional. [...] Portanto, diante da aproximação cada vez maior, desejável e fundamentada entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, tanto no que tange ao seu entendimento como aos seus desafios, torna-se imprescindível um tratamento destes temas que antes privilegie as aproximações do que as diferenciações. É por isso que é possível entendermos como adequada a denominação “direitos humanos fundamentais”, expressão utilizada, entre outros, por Eusebio Fernández e que parece exprimir uma gama de significados subjacentes. [...] com esta terminologia se consegue manifestar que toda pessoa possui direitos morais pelo fato de ser pessoa e que esses direitos devem ser reconhecidos e garantidos pela sociedade, pelo direito e pelo poder político sem nenhuma discriminação, seja social, seja econômica, jurídica, política, ideológica, cultural ou sexual. Ao mesmo tempo, significa que esses direitos são fundamentais, pois se encontram estreitamente conectados com a ideia de dignidade humana e são, ao mesmo tempo, as condições do desenvolvimento dessa ideia de dignidade. (2009, p. 164-167)

Assim, a ideia de flexibilização dos conceitos tem a finalidade de aproximá-los para que haja maior proteção à pessoa humana independentemente do tipo de relação, o que se mostra de total importância, ao passo que toda pessoa possui uma série de direitos pelo simples fato de ser pessoa e que, portanto, merecem ser reconhecidos e garantidos.

Ante a demonstração dos posicionamentos doutrinários acerca da noção dos direitos fundamentais, faz-se necessário uma análise a respeito da evolução dos referidos direitos visto que se mostra importante para que haja melhor entendimento.

2.2 Evolução.

Os direitos fundamentais trazem um histórico que demonstra toda a evolução que ocorreu com inúmeras transformações de modo que o seu nascimento não deu em uma situação singular, mas sim de acordo com as necessidades de cada momento. Por isso a importância de se mostrar essas variações.

Existe controvérsia doutrinária acerca da terminologia para designar o período em que ocorreram as conquistas dos direitos fundamentais, sendo utilizados com mais frequência os vocábulos “dimensões” e “gerações”.

O uso da expressão “gerações” leva ao entendimento de que com o passar do tempo as gerações vão sendo alternadas umas pelas outras, ao contrário do termo “dimensões” que possui um caráter suplementar, cumulativo, e não, de substituição. Por tais razões, no decorrer deste item será utilizado o termo “dimensões”. (SARLET, 2009, p. 45)

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são expressados na Declaração da Virgínia, em 1776, e da Declaração da França, em 1789. (AWAD, 2005, p. 32) Esse momento é caracterizado pelo caráter individualista e marcado por direitos de resistência diante do Estado, consoante segue:

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2011, p. 563-564)

Esse posicionamento vem afirmado por Sarlet ao asseverar que tais direitos possuem um caráter negativo, posto que são conduzidos para um comportamento de abstenção, ou seja, de resistência diante do Estado, em razão da autonomia individual ante o poderio estatal. Acrescenta, ainda:

Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva [...] e pelos direitos de participação política [...] revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais [...] (2009, p. 47)

Pode-se concluir que os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem como titular o indivíduo e são marcados pela subjetividade e ainda, pela autonomia individual perante o poder estatal, isto é, por direitos de defesa frente ao Estado, conforme a concepção liberal. Ademais, engloba uma gama de direitos que são de total importância, ao passo que ainda integram o ordenamento jurídico diante do fato de que os direitos fundamentais possuem caráter suplementar em face das mudanças e, conseqüentemente, conquista de novos direitos.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram no século XIX a partir de protestos em razão de que não havia real efetividade quanto a aplicação dos direitos de liberdade e igualdade, o que acabou pelo reconhecimento gradativo de novos direitos. Não havia mais a limitação do poder estatal, e sim, a liberdade por meio do Estado. No século XX é que os novos direitos foram positivados nas Constituições, assim como, em inúmeros pactos internacionais. (SARLET, 2009, p. 47-48)

Os referidos direitos se relacionam diretamente com o fato de exigir do Estado uma atitude, de modo que este é devedor dos indivíduos, especialmente dos trabalhadores, conforme ensinamento acerca da temática:

[...] compreende os direitos de crédito, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos trabalhadores e marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas visando garantir-lhe um mínimo de igualdade e bem-estar social. Esses direitos são garantidos através ou por meio do Estado. (AWAD, 2005, p. 34)

Assim, fica evidente que não existe mais aquela limitação quando ao poder estatal, uma vez que a liberdade está adstrita ao Estado, sendo que este é que vai proporcionar o “mínimo de igualdade e bem-estar social”. Além disso, a segunda dimensão compreende:

[...] há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia do salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho [...] (SARLET, 2009, p. 48)

Tais direitos se mostram de uma maneira especial, visto que compreendem direitos atinentes aos trabalhadores em face das reivindicações realizadas, o que gerou o reconhecimento de inúmeros direitos que lhe proporcionaram maior proteção na relação empregatícia, sendo, portanto, o marco inicial das conquistas relacionadas com a classe operária. Importante salientar que esses direitos “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-las da razão de que os ampara e estimula”. (BONAVIDES, 2011, p. 564)

Segundo Sarlet, a terceira dimensão igualmente chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, se distingue dos anteriores em razão de que visa proteger grupos humanos, isto é, a titularidades desses direitos se faz presente de forma coletiva ou difusa, compreendendo:

[...] cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. [...] resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (2009, p. 48-49)

Fica corroborado que, mais uma vez, o nascimento de novos direitos fundamentais se deu através de reivindicações, mas por motivos diversos dos anteriores. Outro elemento diferenciador é no que tange ao titular desses direitos, sendo neste caso de forma coletiva, o que pode ser, não raras vezes indefinida e indeterminável. Senão vejamos:

[...] Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2011, p. 569)

Logo, os direitos fundamentais de terceira dimensão são voltados para a coletividade, ao passo que este é o seu diferencial. Em contrapartida, são direitos que possuem “cunho excludente e negativo” que poderiam estar situados na primeira dimensão, uma vez que seu caráter é defensivo de maneira predominante. (SARLET, 2009, p. 50)

Ainda, existe a quarta dimensão dos direitos fundamentais que não é pacífica quanto a sua real existência. Para Bonavides, tal dimensão engloba o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, acrescentando que “deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. (2011, p. 571)

Nesse sentido, Sarlet se posiciona a respeito da temática:

Ainda no que tange a problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa. (2009, p. 50)

Diante do fato de que todos os direitos fundamentais na sua essência estão propensos a se desencadear dos mesmos princípios, quais sejam: vida, liberdade, igualdade e fraternidade, não há razão para existir uma nova dimensão, até mesmo porque os referidos princípios já se encontram inseridos nas dimensões anteriores. O autor em tela ainda acrescenta, para justificar a desnecessidade de criação da nova dimensão, o fato de que “longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno [...] e internacional”. (2009, p. 51)

Por fim, cumpre ressaltar que cada etapa dos direitos fundamentais importa na conquista de novos direitos sendo, portanto, imprescindíveis para a vida do ser humano, razão pela qual as dimensões possuem um caráter suplementar, fazendo com que os direitos possam ser usufruídos cumulativamente, sem que haja a substituição de um pelo outro. Diante disso, cumpre fazer algumas ponderações no que tange ao direito à intimidade uma vez que será alvo do desrespeito quando do monitoramento do correio eletrônico.

2.3 Direito à intimidade.

Diante das linhas traçadas a respeito das dimensões dos direitos fundamentais, as quais demonstraram toda a evolução que tais direitos passaram, se torna imprescindível fazer algumas ponderações acerca do direito à intimidade pelo fato de estar estritamente relacionado com a problemática da presente pesquisa, ao passo que estão presentes na relação laboral, ocasião em que não devem ser desrespeitados. Assim:

A intimidade atua como uma espécie dos Direitos de Personalidade do empregado e compreende um direito humano fundamental assegurado ao mesmo de não ter a revelação de aspectos pessoais da sua intimidade e dos seus sentimentos e/ou pensamentos a terceiros. (ALVARENGA, 2010, p. 36)

Então o direito à intimidade se enquadra no elenco de direitos de personalidade, compreendendo a esfera íntima de cada pessoa com proteção constitucional contra a sua violação, de modo que a referida proteção possui agasalho no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal⁹, compreendendo as garantias fundamentais e possuindo derivação direta do princípio da dignidade da pessoa humana. No que tange a proteção dos direitos de personalidade, está

⁹ 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 a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

prevista na legislação infraconstitucional encontrando-se nos artigos 11¹⁰ e 21¹¹ do Código Civil.

Além da previsão constitucional e infraconstitucional, o direito à intimidade ainda encontra abrigo em documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Assim, encontra-se no artigo XII¹², da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 a proteção à vida privada. No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no artigo 17¹³, prevê a proteção à intimidade, por meio dos chamados “direitos de personalidade”. Igualmente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, elevou a proteção à intimidade a patamar fundamental, no artigo 11, 2¹⁴, com o objetivo de não ser possível interferências arbitrárias na vida privada dos indivíduos.

O direito à intimidade compõe o elenco dos direitos de personalidade, “tutela o direito do indivíduo de estar só”, fazendo com que tenha a liberdade de escolher com quem irá compartilhar assuntos que envolvem a sua vida íntima. Ocorre que com o mundo moderno existe cada vez mais intromissão nessa esfera, situação também, que acaba por ser ocasionada em razão das novas tecnologias que proporcionam diversos meios para tanto. Logo, com a tecnologia não só o poder público adentra na esfera íntima dos indivíduos, como igualmente o fazem, senão mais, os particulares. (LAFER, 1988, p. 239-240)

Logo, o direito à intimidade não está ligado apenas ao fato da violação no que diz respeito ao poder estatal, mas também, e principalmente, às relações privadas, como é o caso da relação de emprego. Por tal direito se encontrar no rol dos direitos de personalidade, cumpre referir ensinamento:

¹⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹¹ Art. 21. 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.

¹² Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

¹³ Artigo 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

¹⁴ Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Esses direitos possuem importância crucial, pois eles representam, no nível da legislação infraconstitucional, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. [...] Os direitos da personalidade são considerados oponíveis *erga omnes*, ou seja, tem como sujeito passivo toda a coletividade. São efetivamente fundamentais, seja pelo seu conteúdo, seja pela sua localização no art. 5º da Constituição Federal. São intransmissíveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais, uma vez que não possuem valor passível de quantificação monetária. São, ainda, indisponíveis, ainda que os arts. 18 e 20 do Código Civil prevejam a possibilidade do não exercício desses direitos. [...] (PEGO; MARCANTONIO, 2011, p. 200)

Os direitos de personalidade são um conjunto de direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, efetivamente fundamentais em razão do seu conteúdo assim como pela sua localização na Constituição Federal. Portanto, não restam sombras de dúvidas acerca da importância e do respeito que deve haver no que diz respeito ao direito à intimidade, sendo que “o ponto nodal desse direito encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros”. (BITTAR, 2003, p. 111)

Cumprido ressaltar que esse direito fundamental, evidentemente, não pode ser desrespeitado e tão pouco afastado na relação de emprego por parte do empregador, visto que compreende uma série de fatores, conforme lição:

No direito à intimidade, o empregado, na qualidade de sujeito de direitos, possui a liberdade de escolher as suas convicções religiosas e políticas, as suas tendências sexuais, as suas opções, os seus desejos, e de manifestar livremente seu pensamento ou, da mesma forma, de ocultar ou guardar segredo acerca de suas ideias e preferências. (ALVARENGA, 2010, p. 36)

Isso ocorre pelo fato de que o direito à intimidade está ligado a fatores internos da vida de cada pessoa, independentemente do local em que se encontre “o trabalhador não pode ser despedido de seus direitos como pessoa humana enquanto figura em sua posição de empregado”, mesmo que tais direitos possam sofrer algumas alterações em face da própria relação, mas necessariamente deve ser observado o princípio da proporcionalidade que rege a relação contratual como um todo. (VECCHI, 2009, p. 179-180)

Contudo, não raras vezes ocorre o desrespeito dos direitos fundamentais por parte do empregador como no caso de exames médicos sem qualquer ponderação que são realizados quando da contratação, revistas abusivas no fim de cada expediente, monitoramento por meio de câmeras audiovisuais, restrição ao uso do banheiro, assédio moral ou sexual, violação de

correspondência, abrangendo o correio eletrônico, que é o ponto central da problemática da presente pesquisa, a ser analisado em item específico, dentre outras situações que também configuram a violação do direito à intimidade.

Fica claro que o empregador acaba por se beneficiar da situação de desequilíbrio que a relação empregatícia possui, desrespeitando os direitos do empregado que é a parte mais frágil. Acontece que “[...] a intimidade é algo que somente ao titular do direito diz respeito, não podendo ser objeto de fiscalização ou invasão de nenhum outro sujeito, muito menos ao empregador, com o qual a relação é profissional e não precisa se estender à esfera pessoal [...]”. (LAGO; VECCHI, 2010, p. 115)

Os direitos fundamentais, especialmente o direito à intimidade, devem ser respeitados igualmente nas relações privadas, isto é, relações constituídas entre empregado e empregador, pois o poder não se acha mais centrado somente na figura do Estado, mas também nas entidades particulares. Assim, “[...] não é possível deixar de salvaguardar a aplicação do direito à intimidade, direito humano fundamental, nas relações privadas diante da indispensável proteção integral da pessoa humana [...]”. (LAGO; VECCHI, 2010, p. 113)

Dessa maneira, o direito à intimidade deve acompanhar o indivíduo onde quer que ele se encontre, não devendo ser afastado, principalmente nas relações que geram desequilíbrio e fragilidade, de modo que se violado o referido direito estará sendo violada também a dignidade da pessoa humana, pois desta que decorre o direito à intimidade. A partir das assertivas feitas acerca do direito à intimidade, será adentrado no aspecto referente à aplicação dos direitos fundamentais perante os particulares, uma vez que não é consenso a sua aplicabilidade.

2.4 A aplicação dos direitos fundamentais aos particulares.

Após a análise feita acerca do direito à intimidade, cabe adentrarmos na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, situação esta que gera certa discussão na doutrina ao passo que existem teorias a respeito com o objetivo de explicar a aplicabilidade e suas formas, conforme será elucidado.

Antigamente o poder estava totalmente concentrado nas mãos do Estado, ocorre que atualmente existem instituições privadas que também detém grande potencial de poder, ocasião em que se busca a maior proteção contra a violação dos direitos fundamentais pelo fato de que “não raras vezes não é o Estado o ‘grande vilão’ perante os direitos fundamentais, mas, sim, sujeitos privados, especialmente quando dotados de poder (social ou econômico) os quais se apresentam como ‘inimigos’ desses direitos”. (VECCHI, 2009, p. 189-190)

O desrespeito pelos direitos fundamentais não se dá mais somente em face do Estado, como era corriqueiramente verificado, sendo agora igualmente praticado pelos particulares que adquiriram significativo poder com o passar do tempo, de acordo com lição que acompanha esse entendimento:

No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm o poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder [...] o poder é a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito de vida. Ora, no mundo contemporâneo, o Estado não é o único sujeito capaz de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos). Nas relações horizontais, entre particulares, também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem as liberdades de outros sujeitos. (STEINMETZ, 2004, p. 85-87)

O fato é que outrora o único detentor de poder sobre as pessoas era o Estado, razão pela qual os direitos fundamentais cuidavam somente desse tipo de proteção, isto é, dos sujeitos diante do poder estatal. Essa situação se alterou, fazendo com que, na contemporaneidade, não somente o Estado possua essa capacidade de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade dos indivíduos, como também os entes particulares.

As relações particulares também ensejam a violação dos direitos fundamentais, por vezes com maior intensidade do que numa relação com o poder público, motivo pelo qual deve haver maior proteção desses direitos, visto que é uma imposição constitucional, senão vejamos:

[...] no âmbito da CF, é desnecessário um detalhado discurso de fundamentação constitucional da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, porque uma análise estrutural das normas do catálogo de direitos fundamentais evidencia que ao menos alguns desses direitos obrigam os particulares. De fato, em relação a determinados direitos fundamentais, não é possível, de forma razoável e consistente – não só do ponto de vista da análise estrutural das normas atributivas, mas também do ponto de vista das razões e finalidades sociais que justificam a posituação desses direitos – propor a exclusão dos particulares como sujeitos destinatários (sujeitos passivos). (STEINMETZ, 2004, p. 101)

Assim, a vinculação por parte dos particulares aos direitos fundamentais ocorre independentemente de estar expressamente prevista na Constituição Federal, bastando uma análise estrutural para que se verifique tal vinculação, ao passo que os entes privados não podem ser eliminados do polo passivo.

Diante dessa situação em que nos encontramos, é necessário que haja maior proteção voltada a essa nova circunstância que se faz presente nas relações, motivo pelo qual doutrinariamente apresentam-se teorias com o objetivo de demonstrar as formas de aplicabilidade dos direitos fundamentais, sendo elas, teoria da eficácia indireta e teoria da eficácia direta.

Segundo Canotilho, na teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais a “vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador”, visto que este deve regular os referidos direitos por intermédio de leis infraconstitucionais, significando que a eficácia nas relações entre particulares se dá de forma indireta. Em contrapartida, a teoria da eficácia direta tem aplicação de maneira impreterível e direta no “comércio jurídico” entre particulares, podendo ser individuais ou coletivas, ocasião em que as pessoas podem invocar a proteção, independente de intercessão do poder público. (2003, p. 1286-1287)

Então, de acordo com o autor acima citado, pode-se notar claramente a diferença entre as teorias, posto que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais consiste na aplicação obrigatória nas relações privadas, sem a necessidade de interferência do poder público. Já a teoria da eficácia indireta precisa da mediação do legislador quando da elaboração de normas.

Existem autores que também denominam a teoria da eficácia direta de “imediate” e a teoria da eficácia indireta de “mediata”, sendo um deles Sarlet, que traz importante posicionamento acerca da teoria direta (ou imediata):

[...] a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais. (2000, p. 121-122)

A partir desse entendimento, conclui-se que no caso de não haver a sujeição direta as normas que regulam os direitos fundamentais seriam consideradas puramente declaratórias, apesar disso, não há mais a vinculação com o poder público para que os direitos sejam efetivamente aplicados. Ao contrário da teoria da eficácia direta, apresenta-se a teoria da eficácia indireta ou mediata, que consiste no seguinte:

[...] os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado. (SARLET, 2000, p. 123-124)

Portanto, a teoria da eficácia mediata consiste no fato de que é fundamental a interferência do legislador ou dos órgãos judiciais. No primeiro caso vai se dar por meio da elaboração de leis e no segundo quando tiver que interpretar uma norma. Por tais razões é que a teoria em comento recebe críticas, ao passo que não se mostra a mais adequada, senão vejamos:

[...] um dos aspectos complexos dessa teoria está em seus pressupostos, o que ocasiona problemas em sua aplicação e na amplitude de seus efeitos. Com efeito, esta teoria aceita, em primeira mão, que os direitos fundamentais somente vigoram diretamente em face do Estado, desconhecendo a importância que os têm nas relações privadas assimétricas. Ora, como verificamos, segundo esta teoria os direitos fundamentais não são diretamente invocáveis perante os particulares, o que enfraquece o âmbito de incidência destes direitos e o grau de proteção de que necessitam na contemporaneidade. (VECCHI, 2009, p. 199)

Por isso, a teoria da eficácia mediata não se mostra totalmente eficaz, na medida em que coloca como pressuposto o fato de existir norma infraconstitucional para regular as relações privadas ou que haja interferência do magistrado na interpretação das normas, isso

acarreta uma objeção quanto a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, diminuindo a proteção de que necessitam.

Por outro lado, para Vecchi, a teoria da eficácia imediata não pode ser aplicada de maneira absoluta, posto que deve estar presente o elemento da ponderação, caso contrário uma das partes terá reduzido ao nada os direitos que possui, pois ambas guardam consigo direitos fundamentais que devem ser levados em consideração quando proferida uma decisão. (2009, p. 201-202). Ainda nesse sentido, o autor afirma que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações empregatícias devem aparecer de forma “absolutamente natural” e, quando se tratar de relações assimétricas que envolvem direitos fundamentais e autonomia privada a ponderação deve se dar de maneira mais forte, “mais robusta”, conforme cada situação que se apresente. (p. 217-218)

Diante disso, é possível constatar que a solução adequada para a aplicação eficaz dos direitos fundamentais é a ponderação de direitos, ao passo que as partes envolvidas possuem direitos, não podendo desprezar o de nenhuma delas. Ao lado dessa posição, Sarlet dispõe o seguinte:

Já pelo fato de as normas de direitos fundamentais não serem homogêneas, tendo diversos graus de eficácia e gerando efeitos peculiares, mas também pela procedência, ao menos parcial, de significativa parcela dos argumentos esgrimidos pelos defensores de uma eficácia apenas indireta, especialmente, contudo, ao salientarem a evidência de se cuidar de relações entre titulares de direitos fundamentais, importa reconhecer uma eficácia direta *prima facie*, em outras palavras, a impossibilidade de uma eficácia direta (e, portanto, de uma vinculação dos particulares) de feições absolutas. (2000, p.157)

A partir desses posicionamentos pode-se concluir que o adequado é que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é possível, desde que haja a ponderação de direitos para que nenhum deles seja reduzido ao nada, posto que ambos possuem direitos que não podem ser desrespeitados, razão pela qual não deve ser levada em consideração a aplicação de uma ou outra teoria de forma absoluta. Diante disso, cabe adentrarmos na temática acerca das relações laborais que envolvem o uso do correio eletrônico corporativo e a forma pela qual é exercido o poder empregatício.

3 O MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO

O empregado possui direitos que a ele são inerentes, ou seja, os direitos fundamentais, como já analisados no capítulo anterior e que, portanto, não devem ser desprezados pelo empregador. Diante disso, serão demonstradas as diferenças entre o correio eletrônico e o e-mail corporativo com a análise sobre o possível enquadramento de ambos como correspondência e com a conseqüente proteção contra a sua violação.

Além disso, será analisada a questão atinente ao e-mail corporativo e as posições doutrinárias a respeito da violação ou não do direito à intimidade, levando em consideração a limitação concernente ao poder fiscalizatório que se faz presente na relação laboral.

3.1 O e-mail corporativo e o correio eletrônico: características e conceituações.

A internet, conforme já conceituado no item pertinente ao tema, tem trazido inúmeras vantagens ao ambiente laboral, assim como desvantagens, que acabam sendo ocasionadas em razão de que alguma das partes descumpra determinada norma que rege o instrumento contratual. Além disso, tal ferramenta proporciona agilidade, independência, anonimato e liberdade de expressão.

Primordialmente, cabe trazer breve ensinamento a respeito do que seja o correio eletrônico para posteriormente adentrarmos no concernente ao e-mail corporativo na sua essência, de modo que faz parte da rotina dos ambientes laborais, mostrando-se como eficiente ferramenta de trabalho, mas que também germina discussão doutrinária no que se refere ao seu gerenciamento.

Nas palavras de Ferreira “o correio eletrônico é um meio de comunicação baseado no envio e recepção de mensagens, através de uma rede de computadores, onde cada usuário possui um endereço eletrônico para se corresponder”. (2003, p. 14)

Assim, o correio eletrônico tem como objetivo enviar e receber mensagens por meio de uma rede de computadores, podendo fazer isso apenas indivíduos que possuam endereço

eletrônico, significando, portanto, “uma troca de mensagens a distância, as quais podem ser guardadas e são conhecidas como *e-mails*”. (PAESANI, 2012, p. 13) Acrescendo esse entendimento, tem-se a seguinte lição:

Na conta de correio eletrônico particular é a pessoa física quem contrata os serviços de um provedor de acesso, com a finalidade de criar um endereço eletrônico pessoal. Nesse caso, cabe a ela determinar o codinome que deseja adotar em seu endereço, ou seja, eleger seu próprio *login* e respectiva senha para acesso. Portanto, a comunicação se realiza por meio de conta privada do usuário – que detém sua titularidade e suporta com os custos da prestação de serviços do provimento de acesso e conexão. (MEDEIROS; MILAGRES, 2012, p. 601)

Pode-se concluir que o correio eletrônico é criado por qualquer pessoa que queira usá-lo e que irá arcar com os custos provenientes deste ato. Em contrapartida, o e-mail corporativo é criado pelo empregador, fornecendo ao empregado quando este ingressa na empresa, a fim de desempenhar as suas funções, consoante ensinamento:

O e-mail corporativo é criado pela empresa, através do uso de seus servidores. Sua utilização é direcionada aos fins da empresa e não de cunho particular. Ocorrendo o desligamento do empregado do quadro de funcionários do empregador, automaticamente o seu e-mail corporativo será extinto do servidor, deixando de existir. (SPONCHIADO, 2009, p. 60)

Fica evidente que o e-mail corporativo é uma das ferramentas de trabalho que o empregador fornece ao obreiro com a finalidade de bem cumprir com as suas funções, não havendo o uso particular desse instrumento, mas somente, com o intuito de realizar a prestação de serviços. Sendo importante salientar, que justamente por possuir essa finalidade, quando do rompimento do vínculo contratual o e-mail é abolido.

Além disso, o empregador também fornece o computador e outras ferramentas de trabalho para o obreiro desempenhar suas funções, tendo em vista que este não irá se tornar proprietário desses instrumentos. Assim sendo, é o empregador quem tem custos com a manutenção dessas ferramentas, cabendo referir que no e-mail constará o nome do funcionário e também da empresa que o fornece, reforçando a ideia de que o e-mail corporativo existe tão somente para fins de trabalho. (MEDEIROS; MILAGRES, 2012, p. 602)

Por ser fornecido pela empresa, o e-mail corporativo é de sua propriedade, como salientado acima, ao passo que quando utilizado pelo empregado, este atuará apenas como representante do seu empregador, que estará agindo por sua intervenção, conforme ensinamento de Maltinti e Maltinti:

[...] percebe-se que quem está comunicando por *e-mail* é a empresa, por intermédio de seu preposto. E, a função precípua da inviolabilidade de comunicação no caso é a proteção das informações da empresa e não das do funcionário, este é mero operador do instrumento de trabalho. (2010, p. 3114-3115)

Constata-se que com a introdução do e-mail corporativo no ambiente de trabalho, é possível ter maior agilidade e conseqüentemente maior produção em um espaço menor de tempo tornando-se assim, instrumento indispensável à realização das atividades laborais, sendo destinado exclusivamente a esta finalidade. Ao contrário do correio eletrônico que é criado por qualquer pessoa que tenha interesse, sendo, portanto, destinado para fins particulares.

3.2 Possível enquadramento do e-mail particular na noção de correspondência.

No que tange a correspondência, a Lei 6.538 de 1978 dispõe acerca dos serviços postais com rol taxativo no artigo 7º, §1º prevendo as situações que são objetos de correspondência sendo, portanto, “carta, cartão-postal, impresso, cecograma, pequena-encomenda”. A partir disso, serão demonstradas as divergências doutrinárias no que diz respeito ao possível enquadramento do correio eletrônico na noção de correspondência.

Nessa mesma linha, há entendimentos de que para que o e-mail possa se enquadrar no conceito de correspondência deverá constar na Lei de Serviços Postais, como sendo equivalente a esta, podendo assim, haver a proteção constitucional quanto a possível violação e repercutir em outras áreas jurídicas, conforme lição:

Acatada a hipótese de equivalência à correspondência epistolar, seria necessário o enquadramento nas definições constantes da Lei de Serviços Postais, para submeter-se ao preceito constitucional garantidor da inviolabilidade do sigilo da correspondência, aliada à repercussão em esfera civil e penal. Acolhida a conceituação, trata-se de uma transmissão de dados, em que o acesso às informações somente pode ocorrer mediante prévia autorização judicial, segundo prescreve a legislação vigente [...] (FERREIRA, 2003, p. 14-15)

Por não constar no rol da lei em comento, o e-mail não pode ser equivalente a correspondência postal, embora tenham o mesmo objetivo, posto que não são idênticos em razão de que a correspondência circula por meio físico e o e-mail é por intermédio de uma rede de computadores.

Com um pensamento um tanto quanto parecido com o do autor anteriormente citado, há posicionamento de que o correio eletrônico não é equivalente à correspondência, por não estar presente no elenco da Lei de Serviços Postais. Entretanto, quando ocorrer violação do e-mail poderá ser invocada a proteção à privacidade ou à intimidade, mas nesse caso não está ao abrigo do disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal¹⁵. (FERRARO; GALLINA; LEAL JÚNIOR, 2010, p. 3)

Em contrapartida, existe posicionamento contrário assegurando que o correio eletrônico trata-se de “instrumento de comunicação virtual”, tendo conseqüentemente, o abrigo da garantia da inviolabilidade de correspondência contida no texto constitucional, de acordo com as seguintes assertivas:

[...] o fato é que o e-mail é um meio eletrônico de comunicação, incluído entre os meios de comunicação arrolados no art. 5º, XII da CF/88 [...] caracteriza o e-mail como “instrumento de comunicação virtual”. Contudo, as correspondências eletrônicas protegidas constitucionalmente são as pessoais, e não as profissionais, pois as primeiras dizem respeito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas humanas [...] (CARNEIRO, 2007, p. 90-91)

Dessa forma, o correio eletrônico está abrangido pela noção de correspondência, possuindo assim, a inviolabilidade de que trata a Constituição Federal, situação em que não

¹⁵ 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:

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 fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

poderá haver o livre acesso por outra pessoa a não ser o seu titular senão configura a violação de correspondência.

No tocante ao e-mail particular do empregado, não será possível que o empregador verifique a substância das mensagens enviadas ou recebidas durante sua jornada de trabalho, pois é um meio de comunicação estritamente pessoal, inviolável e intransponível. Caso isso seja feito, o empregador estará violando os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, de modo que o trabalhador poderá rescindir o contrato de forma indireta, bem como terá garantido direito a indenização pelos danos causados. (ALVARENGA, 2010, p. 45-46)

No entanto, se não houver nenhuma disposição restringindo o uso do equipamento da empresa e for verificado que está ocorrendo o mau uso, não poderá o empregador tomar nenhuma atitude sem recorrer ao poder judiciário, caso contrário infringirá a intimidade do empregado. Assim, nota-se a importância de instrumento que regule a situação, de acordo com o seguinte entendimento:

A empresa não estará ferindo o direito à intimidade do seu empregado, ao monitorar a utilização de computadores para ingressar em seu e-mail pessoal e sites diversos daqueles necessários à execução de sua atividade, se constituir um regulamento e dar ciência a todos os empregados do conteúdo do mesmo, onde fique claro que as ferramentas de trabalho, não podem ser utilizadas para fins particulares. (SILVA, p. 15, 2006)

Assim, deve haver regulamento da empresa prevendo a possibilidade de monitoramento do e-mail particular por parte do empregador, com o objetivo de que não se configure a violação da intimidade do trabalhador. Além disso, todos os empregados tem que estar cientes da respectiva regulamentação, senão a referida norma não tem validade diante da relação laboral.

Para Martins, o sigilo de correspondência engloba o e-mail sendo este também inviolável, mas não pode haver uma interpretação de forma absoluta em virtude de que o empregado pode estar de má-fé quando da utilização de tal ferramenta, ocasião em que quando se referir a prestação de serviço poderá ocorrer o monitoramento, sendo que tal posicionamento será abordado de maneira mais específica quando tratarmos do e-mail corporativo. (2005, p. 227)

Contudo, o correio eletrônico não diz respeito diretamente à empresa, visto que se trata de instrumento particular que refere-se a assuntos que envolvem a intimidade e privacidade do empregado, não podendo assim, haver a fiscalização do conteúdo por parte do empregador, conforme entendimento:

No que concerne ao correio eletrônico pessoal, é ele de propriedade exclusiva de quem o detém, não sendo fornecido pela empresa, de forma que a ela não diz respeito. A utilização do correio eletrônico pessoal pode caracterizar o chamado uso social do e-mail, que consiste no uso, pelo trabalhador, para tratar de assuntos particulares. [...] desde que não haja exageros por parte do trabalhador, o empregador, por bom-senso, deve estabelecer regras, permitindo, em doses moderadas, a utilização dos computadores para envio de e-mail, ainda que durante o expediente. (FERRARO; GALLINA; LEAL JÚNIOR, 2010, p. 3)

Por conseguinte, o empregador não pode violar o e-mail particular do trabalhador, uma vez que não é fornecido por ele e que a vida pessoal do obreiro não deve ser desprezada, utilizando o referido meio para tratar de assuntos particulares, contanto que seja com a devida moderação. Além disso, o empregador pode estabelecer normas, através do poder regulamentar, para tratar desse aspecto que envolve a utilização do e-mail particular em horário de expediente não soando como autoritário, pelo fato de que as empresas têm buscado propiciar um ambiente de trabalho mais agradável.

Há quem entenda que se o empregado estiver ciente das normas que regulam o impedimento de utilização do correio eletrônico no ambiente de trabalho, ou seja, não sendo permitido o acesso a partir dos equipamentos fornecidos pela empresa para o desempenho de suas atividades, e mesmo assim descumprir tal ordem estará abrindo mão de sua intimidade e dando ensejo a rescisão contratual por justa causa, podendo ser configurada por ato de desídia e/ou ato de indisciplina ou mesmo incontinência de conduta, e ainda, poderá configurar mau procedimento, de acordo com cada caso concreto, todas situações previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶. (SILVA, p. 16, 2006)

A partir desse posicionamento verifica-se que se a empresa tiver regulamento a respeito da proibição do uso das ferramentas de trabalho para fins particulares, isto é, envio e recebimento de mensagens através de e-mail particular e o empregado desrespeitar tais normas ensejará a despedida por justa causa.

¹⁶Art. 482 Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
e) desídia no desempenho das respectivas funções;
h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

Nos casos em que a mensagem enviada pelo trabalhador não chegar ao seu destinatário em razão de interferência do empregador, por meio de servidor do correio empresarial, igualmente ocorrerá o desrespeito a privacidade do empregado, pois a mensagem foi impedida de chegar ao endereço remetido e também foi tomado conhecimento do seu conteúdo. Assim, “qualquer intromissão não autorizada pelo empregado será considerada invasão de intimidade e quebra de sigilo de correspondência ou violação da intimidade”. (ALVARENGA, 2010, p. 46)

Não basta que o empregador permita que o empregado tenha livre acesso na internet, utilizando seu e-mail particular, se quando do envio de mensagens o servidor as impede de chegar ao seu destino impedindo, de outra forma, o envio e recebimento de mensagens. Então, nesses casos também fica configurada a violação à intimidade e o sigilo de correspondência.

Ainda, existe entendimento de que o correio eletrônico pode ser monitorado desde que o trabalhador seja cientificado pelo empregador ou em caso de ordem judicial. Sendo que, via de regra, o e-mail particular não deve ser utilizado no ambiente de trabalho, com exceção dos casos em que for autorizado pelo empregador, por tais motivos se faz necessária a implementação de regras, com a finalidade de permitir ou proibir o uso do e-mail pessoal no horário de expediente. (MALTINTI; MALTINTI, 2010, p. 3116)

Destarte, o empregador não pode violar a intimidade do trabalhador ao monitorar o e-mail de uso particular deste, podendo ocorrer somente nos casos em que se fizer presente ordem judicial para tal fim. Todavia, a referida utilização poderá ocorrer nos casos em que tiver permissão da empresa, pois, via de regra, o correio eletrônico não deve ser acessado no ambiente laboral. Diante disso mostra-se a importância das normas que regulem as situações quanto a essa problemática, assim como que a legislação seja adequada às novas situações que se fazem presente nas relações de trabalho, senão vejamos:

Tendo em vista que a legislação vigente não recepciona todas as situações criadas pela arquitetura da rede, nem sempre auto-aplicável aos meios eletrônicos, invariavelmente torna-se incapaz de enfrentar e dirimir as questões advindas pela utilização das novas tecnologias. Em consequência, o vácuo legislativo tem provocado extensa controvérsia na interpretação doutrinária e jurisprudencial. A falta de previsão normativa específica enseja atrito entre direitos personalíssimos – intimidade, privacidade e proteção sigilo empresarial. Porém, esse contemporâneo conflito entre privacidade e poder diretivo não induz à imposição de dogma onde a proteção dos direitos individuais deva se sobrepor aos direitos do empregador. (FERREIRA, 2003, p. 14)

Diante disso, nota-se tamanha divergência doutrinária acerca da violação ou não da intimidade quando do monitoramento realizado por parte do empregador no correio eletrônico particular do trabalhador, também não havendo consenso no que tange ao enquadramento do e-mail como correspondência e sua respectiva proteção. Acontece que, mesmo diante dessa discussão, tem que se ter em mente que os direitos que o empregado possui não podem ser afastados em razão do poder próprio do empregador, razão pela qual deve ser analisado caso a caso a fim de melhor solucioná-lo, até que sejam criadas normas aptas a regular essas situações que se fazem presentes nos ambientes laborais.

3.3 O monitoramento do e-mail corporativo em face do poder fiscalizatório do empregador.

A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho é muito comum, sendo na maioria dos casos indispensáveis para a execução das atividades laborais, tanto em empresas de pequeno quanto de grande porte. O e-mail corporativo é umas dessas ferramentas fornecidas ao empregado para que execute os serviços contratados pelo empregador.

Destarte, é justamente neste aspecto que há grande discussão acerca da utilização dessa ferramenta para fins particulares e a limitação quanto ao poder que possui o empregador de fiscalizar esse instrumento de trabalho, assim como quanto à violação dos direitos de personalidade do trabalhador e o seu enquadramento como correspondência.

No que diz respeito ao enquadramento do e-mail corporativo como correspondência, há quem entenda que isso não é possível pelo fato de que não circula por meio do serviço postal, e sim, através de sistema operacional, sendo um instrumento auxiliar de titularidade corporativa fornecido pelo empregador em virtude da relação empregatícia, e que é destinada aos interesses do empregador. Por isso, o correio eletrônico corporativo não encontra guarida no sigilo de correspondência previsto na norma constitucional. (FERREIRA, 2003, p. 16)

Em face das características que diferenciam a correspondência do correio eletrônico corporativo, não existe a equivalência entre esses dois institutos, ao passo que a correspondência possui legislação própria que a regula e que o e-mail não se encaixa, por ter particularidades distintas.

Há quem se posicione de maneira diferente, afirmando que o e-mail é inviolável, assim como o sigilo de correspondência. No entanto, não pode ser interpretado de forma absoluta pelo fato que o empregado pode estar de má-fé, o que ocasiona o monitoramento do correio eletrônico, conforme lição:

O sigilo de comunicação de dados, como é o e-mail, é também inviolável. Entretanto, essa regra não pode ser entendida de forma absoluta, principalmente diante da má-fé do empregado. Em casos de interesse relevantes, que podem, posteriormente, ser examinados pela Justiça, o empregador poderá monitorar os *e-mails* do empregado, desde que digam respeito ao serviço. (MARTINS, 2005, p. 227)

Então, no que diz respeito a prestação de serviços o empregador terá a liberdade de monitorar o e-mail que fornece ao empregado, ao passo que envolve seus interesses e este é que fornece os meios para que a prestação seja realizada, isto é, deve fiscalizar a fim de constatar se o trabalhador está agindo de forma correta e, acrescenta o autor:

[...] o empregador poderá verificar a utilização de e-mails, visando constatar se o computador não está sendo usado, no horário de serviço, para fins pessoais do empregado, ainda mais quando há proibição expressa para uso pessoal do equipamento. Durante o horário do trabalho o empregado está à disposição do empregador. Deve produzir aquilo que o empregador lhe pede. Logo, pode ser fiscalizado para verificar se não está enviando *e-mails* para outras pessoas sem qualquer relação com o serviço, pois está sendo pago para trabalhar e não para se divertir. (2003, p. 228)

A fiscalização pode ser realizada pelo empregador objetivando averiguar se durante o horário de expediente o trabalhador não está utilizando as ferramentas que lhe foram fornecidas para o desempenho de sua função com fins diversos, ou seja, se não está usando o correio corporativo com fito particular, enviando e recebendo mensagens que são totalmente desvinculas de sua função.

Nessa perspectiva, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região vem decidindo conforme o entendimento dos autores acima citados, senão vejamos:

Despedida por justa causa. Mau procedimento. Uso indevido de correio eletrônico. Quando se caracteriza. Prova que evidencia a utilização do email funcional, pelo empregado, para difundir informações tendentes a denegrir a imagem da empregadora. Constitui justa causa para a despedida o uso indevido do correio eletrônico fornecido pelo empregador, não se podendo cogitar de infração ao disposto no artigo 5º, inciso XII da CF, já que o serviço de “e-mail” é ferramenta fornecida para uso estritamente profissional. Sentença mantida. (RIO GRANDE DO SUL, TRT 4ª Região. Recurso Ordinário n. 00168-2007-203-04-00-3, Desembargador Presidente e Relator: Flavio Portinho Sirangel, Porto Alegre, 03 de setembro de 2008) *Grifo original*

A decisão em tela versa sobre recurso da parte reclamante contra sentença que negou o pedido de conversão da despedida por justa causa em despedida imotivada. A interposição do recurso se dá sob o argumento de que houve a violação de sua correspondência e privacidade, quando do acesso ao correio eletrônico por parte do empregador, visto que tal situação só poderia ocorrer diante de autorização judicial pelo fato de que o seu direito possui agasalho no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal¹⁷. Ademais, a pena imposta seria desproporcional com a falta praticada, posto que muito severa.

Ocorre que foi mantida a decisão proferida em primeira instância em razão de que o empregado utilizou dos meios eletrônicos de que dispunha para laborar com finalidades diversas, denegrindo o nome da empresa e acessando e gravando a partir de sites pornográficos. Ainda, foi refutada a hipótese que outras pessoas poderiam ter praticado o ato a partir do seu computador, bem como que as provas foram obtidas de forma ilícita, ao passo que era de conhecimento de todos os empregados que o e-mail e a internet deveriam ser utilizados exclusivamente para fins profissionais e não pessoais.

Portanto, o entendimento jurisprudencial é de que por se tratarem, o e-mail e a internet, de ferramentas de trabalho com uso exclusivamente profissional é inadmissível qualquer expectativa de privacidade por parte do empregado, sendo totalmente lícita a conduta do empregador em efetuar a fiscalização, uma vez que não havia qualquer intimidade a ser preservada. Assim, foi mantida a justa causa caracterizadas as hipóteses de improbidade, mau procedimento e ato lesivo da honra ou boa fama contra o empregador.

No mesmo sentido, é a posição de Alvarenga, no que diz respeito à fiscalização do correio eletrônico corporativo e o enquadramento na garantia constitucional da inviolabilidade de correspondência:

¹⁷Art. 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:

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;

[...] Não está abrangido pela inviolabilidade do sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF/88). Assim, é possível a sua fiscalização pelo empregador, mesmo porque o empregado pode utilizá-lo de forma abusiva ou ilegal, acarretando prejuízos à empresa. Na ponderação de direitos, deve prevalecer a tutela do direito de propriedade e de livre iniciativa do empregador em detrimento ao da privacidade e da intimidade do empregado, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana. Por isso, é imprescindível o conhecimento prévio do empregado no ato da contratação, sob pena de violação de sua privacidade ou de sua intimidade. (2010, p. 48-49)

Diante desse posicionamento, o e-mail corporativo não faz parte do conceito de correspondência não possuindo, portanto, a garantia da inviolabilidade. O empregador tem o direito de exercer o seu poder de direção na relação de emprego, realizando a devida fiscalização em todos os instrumentos de trabalho que fornece ao empregado com o fito de impedir que sejam utilizados de forma abusiva e ilegal, cabendo ressaltar que os direitos de propriedade e livre iniciativa do empregador prevalecem perante o da intimidade do empregado, contanto que seja respeitada a dignidade da pessoa humana.

É importante salientar que todas as normas atinentes às restrições quanto ao acesso a determinados sites e utilização para fins particulares devem constar indispensavelmente no regulamento da empresa, uma vez que sem tais previsões a empresa pode estar exposta a riscos, como é o caso de contaminação por vírus e também quando o obreiro faz a utilização de forma criminosa. Porém, para o bloqueio de sites não tem a necessidade de aviso em virtude de que o empregador poderá disponibilizar os sites que julgar essenciais a execução dos serviços. (SILVA, p. 16, 2006)

Tal posicionamento se justifica pelo fato de que durante a jornada de trabalho o empregado encontra-se à disposição do empregador, devendo seguir as ordens por ele emanadas e não desviar-se delas. Ao passo que no momento em que decidir usar a sua ferramenta de trabalho visando fins particulares que em nada estão relacionados com o desenvolvimento da sua atividade estará aceitando os riscos decorrentes disso.

Para Carneiro, o e-mail corporativo deve conter informações que digam respeito somente à empresa por ser uma ferramenta de trabalho, ao passo que a imagem e a honra que deverão ser respeitadas são as do empregador. No concernente ao empregado, não há qualquer violação à intimidade ou à privacidade quando do monitoramento do correio eletrônico, em razão de ser instrumento de trabalho passível de controle pelo empregador, que não deve ultrapassar o trabalhador e as atividades que desempenha na empresa, tanto quanto alcançar a

sua vida privada e intimidade. Cabe salientar que não há qualquer proibição ao controle do empregador sobre o obreiro no ordenamento jurídico, ao contrário, nos artigos 2º¹⁸ e 3º¹⁹ da Consolidação das Leis do Trabalho constam que deve haver dependência do empregado ao empregador e estar presente a subordinação jurídica, que faz com que o trabalhador aceite o controle do empregador. (2007, p. 89-90)

De acordo com este entendimento, a proteção existente na relação entre as partes é do empregador devendo ser preservadas a sua imagem e honra, em contrapartida, em face da fiscalização realizada no e-mail corporativo não haverá qualquer tipo de violação à intimidade ou à privacidade do trabalhador. O poder de controle do empregador sobre o empregado faz parte da relação empregatícia, não havendo nenhum impedimento quanto ao seu exercício, desde que não ocasione abuso.

Em contrapartida, há o entendimento de que qualquer instrumento de comunicação através da informática possui agasalho no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal²⁰, independentemente de seu conteúdo. Desse modo, o empregador não pode se valer do poder de direção para adentrar na esfera íntima do empregado, desrespeitando a privacidade do trabalhador, em razão das características que os direitos de personalidade possuem. (GIORDANI, 2011, p. 908-909)

Diferentemente dos entendimentos anteriores o autor acima citado entende que o e-mail corporativo se enquadra no conceito de correspondência, possuindo a garantia constitucional de inviolabilidade de correspondência. Ademais, os direitos de personalidade se fazem presentes em qualquer relação, devendo o empregador respeitá-los e não tirar vantagem em razão do poder diretivo.

¹⁸ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

¹⁹ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

²⁰ 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:

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;

Nessa mesma linha de pensamento Paiva entende que deve estar presente o uso social do correio eletrônico corporativo, uma vez que o empregado deve ter uma comunicação externa durante o horário em que se encontra na empresa, visto que isso contribui para o seu desempenho laboral, conforme lição:

Devemos reconhecer que o trabalhador deva ter direito a uma comunicação externa durante o horário de trabalho, incluído dentro da empresa. O empregador tem que aceitar o que se denomina direito ao uso social do e-mail. [...] referidos acontecimentos são cada dia mais usuais, proporcionados pela evolução da nova organização do trabalho: da mesma maneira que o empregador pode exigir, em determinadas circunstâncias, que o trabalhador não somente opere no âmbito da empresa, senão também em seu domicílio [...] Hoje em dia os empresários modernos entendem que tudo que seja de conhecimento pessoal do trabalhador redunde em benefício da eficiência da empresa. O problema está em ver que o uso social, o uso extraprofissional, não tenha elementos de abuso e prejuízo objetivo para empresa e é ali onde temos que intentar lograr um equilíbrio. (2002, p. 182-183)

Então o empregado deve ter direito à comunicação externa durante o horário de trabalho, pois passa maior parte do seu dia neste ambiente e não pode ser privado de ter uma vida social, seja se comunicando com pessoas externas, seja com os próprios colegas de trabalho. Além disso, também deve ter acesso à informação, visto que pode trazer vários benefícios ao desempenho das atividades executadas pelo empregado, fazendo com que este tenha maior qualificação, e mesmo que não esteja diretamente relacionado com o trabalho, de alguma forma sempre irá contribuir.

Existe posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que vai ao encontro das lições trazidas, consoante ementa:

JUSTA CAUSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Hipótese em que os atos do empregado não caracterizam falta grave capaz de ensejar a despedida motivada. Mantida sentença que não reconheceu a justa causa imputada ao reclamante. (RIO GRANDE DO SUL, TRT 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0029600-82.2009.5.04.0303, Desembargador Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Porto Alegre, 27 de maio de 2010) *Grifo original*

No caso em comento, a reclamada interpõe recurso diante da decisão de primeiro grau que converteu a despedida por justa causa em despedida imotivada com condenação ao pagamento das parcelas daí decorrentes. A interposição do recurso é sob o argumento de que a justa causa foi em consequência da quebra de confiança, visto que o reclamante

administrava empresa particular no horário de expediente e utilizando o e-mail corporativo para tal fim, além de outros assuntos pessoais.

Contudo, fora confirmado por todas as testemunhas ouvidas em primeira instância que não havia qualquer regulamentação na empresa que proibisse o uso do e-mail corporativo ou da internet para fins particulares. Sendo que o acesso a essas ferramentas sempre foi liberado para todos os empregados da empresa não havendo nenhum tipo de advertência ou suspensão pela sua utilização, tanto no caso do reclamante quanto para os demais funcionários, ao passo que uma das testemunhas admitiu que também utiliza o e-mail corporativo para tratar de assuntos pessoais.

O uso do e-mail corporativo não afetava a capacidade de produção do empregado e que a empregadora deveria ter elaborado normas atinentes à utilização desses instrumentos, proibindo a utilização para fins particulares e, inclusive, com previsão de pena para os empregados que descumprissem as normas. No presente caso, a reclamada não utilizou de forma adequada, progressiva e proporcional as medidas punitivas previstas em lei. Por tais razões, não foi caracterizada a justa causa, ocasião em que foi mantida a decisão proferida em primeira instância.

Além disso, o monitoramento do correio eletrônico corporativo envolve não somente as mensagens enviadas pelo empregado, mas também as recebidas. Conseqüentemente, é de total importância que a empresa ciente o empregado, quando da contratação ou quando da mudança de normas, de regulamento acerca de possível fiscalização por parte do empregador pelo fato de que envolve interesses da empresa. (FERRARO; GALLINA; LEAL JÚNIOR, 2010, p. 7)

Então, um dos elementos de maior importância para o monitoramento do e-mail é que o empregado esteja ciente das normas estabelecidas dentro do ambiente de trabalho, abrangendo, portanto, as mensagens enviadas assim como as recebidas. Sendo que em não havendo a regulamentação, e tampouco a advertência quando constatado o uso para fins particulares, o empregador não pode no momento que entender oportuno utilizar de tal fato para configurar a justa causa.

Além disso, por mais que o bom senso faça parecer óbvio que o correio eletrônico da empresa deve servir somente para assuntos relacionados ao trabalho, é dever do empregador alertar o funcionário disso, mesmo porque, não são poucos os casos em que o trabalhador passa a maior parte do dia na empresa do que em sua própria casa, então aproveita algum

espaço de tempo entre as atividades para resolver algum assunto pessoal ou até mesmo para simplesmente navegar na internet.

Cumprido ressaltar que no momento em que o empregador monitorar o correio eletrônico do empregado, não estará adentrando somente na privacidade deste, mas também na de uma terceira pessoa que em nada tem a ver com o vínculo empregatício, outro motivo pelo qual o empregador não pode ter tal atitude. (GIORDANI, 2011, p. 913)

A quebra do sigilo de correspondência afetará não apenas o empregado, como também a pessoa que em nada está relacionada com a relação de emprego existente pelo fato de que a fiscalização se dá tanto em mensagens enviadas quanto nas mensagens recebidas. Por isso, a invasão de privacidade se dará em face do trabalhador e de terceiro alheio ao vínculo, situação esta que não pode ocorrer.

A fim de evitar medidas extremas, como a leitura das mensagens enviadas e recebidas, o empregador pode achar um meio para implementar no ambiente laboral, mas se tais medidas preliminares não se mostrarem eficazes, não restará outra alternativa senão a leitura das mensagens, objetivando a sua proteção. (ALVES, 2001, p. 1216)

Assim, o empregador não precisa, necessariamente, adotar as medidas mais gravosas com o fito de preservar a sua imagem, mas poderá implementar outras medidas que também sejam eficazes, posto que a fiscalização não consiste apenas na leitura das mensagens do correio eletrônico ou a consequente ruptura do vínculo empregatício.

O monitoramento eletrônico pode se dar por duas modalidades: por meio de controle formal e controle material. O primeiro ocorre mediante programas que verificam aspectos externos da mensagem, como destinatário, título e registro de páginas acessadas, com o objetivo de localizar palavras-chave que possam sugerir nocividade para a empresa. Já o segundo, é realizada a leitura do conteúdo das mensagens. (MALTINTI; MALTINTI, 2010, p. 3115-3116)

Diante das modalidades de monitoramento, verifica-se que o controle formal é menos gravoso, conforme entendimento anteriormente citado, que se posiciona diante do fato de implementação de uma medida mais branda ao empregado quando da defesa dos direitos do empregador. Em contrapartida, temos o fato de que não há legislação que regule essa situação do e-mail corporativo, mas há quem trace aspectos a respeito:

Pelo fato de não haver legislação regulamentando essa situação quanto ao monitoramento do correio eletrônico corporativo, quando analisado o caso concreto não se pode deixar de lado os princípios que regem qualquer relação empregatícia e que devem ser respeitados, ao passo que conserve o direito de liberdade de comunicação do empregado do uso social do e-mail e também o poder diretivo do empregador. (SPONCHIADO, 2009, p. 64)

Destarte, em virtude da inexistência de legislação pertinente à regulamentação dos casos de monitoramento do correio eletrônico corporativo, não poderão ser desprezados os princípios que regem a relação empregatícia, bem como a liberdade de comunicação, incluindo o uso social do e-mail e poder diretivo. Tais elementos devem ser levados em consideração, de modo que não podem ser reduzidos ao nada, pois fazem parte de qualquer relação laboral.

Nesse sentido, existe entendimento de que deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos que se apresentarem, entretanto tem que atentar para alguns fatos que se tornam indispensáveis, consoante segue:

[...] deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos entre empregado e empregador. Assim, o dever de obediência e o direito de resistência do empregado não podem ser utilizados como desculpa para não cumprir com seu dever de trabalho, da mesma forma, os excessos de poder de direção (poder de organização; fiscalização e punição) do empregador e seu direito de propriedade sobre os bens da empresa não devem ultrapassar os limites de sua finalidade. (MALTINTI; MALTINTI, 2010, p. 3116)

Portanto, o princípio da proporcionalidade indispensavelmente deve se fazer presente na solução dos conflitos, tendo em vista que as partes podem usar de artifícios para mascarar a real situação existente. Os deveres que as partes possuem não podem deixar de ser cumpridos em razão de abuso do poder diretivo, do dever de obediência e resistência do empregado, como igualmente o direito de propriedade do empregador não deve extrapolar os limites de sua finalidade.

Ainda diante do princípio da proporcionalidade um direito não deve se sobrepor ao outro, situação em que este princípio objetiva manter o equilíbrio nas relações, principalmente nas que versam sobre o vínculo empregatício por serem assimétricas ao passo que uma parte detém maior poder em relação a outra. Por conseguinte, é relevante o seguinte entendimento:

[...] a tendência mundial é conciliar os direitos fundamentais dos empregados com os direitos de propriedade e direção do empregador. E, a maneira eficaz de equilibrar ambos os interesses é através da instituição de uma clara política de utilização e monitoramento de e-mail e acesso à Internet, que nada mais é que o exercício do poder de organização do empregador, praticado através de regimentos internos, com a finalidade de autorizar, tolerar ou proibir a forma de utilização de equipamentos e contas de e-mails corporativos para fins particulares. Assim, os empregados não seriam surpreendidos com eventual controle do conteúdo de suas correspondências eletrônicas, gerando desconforto no ambiente de trabalho e conflito judicial. (MEDEIROS; MILAGRES, 2012, p. 606)

Fica claro que o empregador não pode se valer do princípio da proporcionalidade para que assim tenha total acesso ao e-mail corporativo, pois o referido princípio visa à ponderação de direitos constitucionais que estejam no mesmo patamar de igualdade, motivo pelo qual jamais poderá o direito de propriedade se sobrepor ao direito à intimidade e à privacidade. Por isso é que os direitos fundamentais não podem ser esquecidos em razão de sua cabal importância, principalmente nas relações empregatícias em que ainda existe certa resistência quanto ao seu respeito por parte do empregador, que é quem detém maior potencial diante da relação.

Por fim, cumpre ressaltar que o nosso sistema jurídico precisa elaborar normas pertinentes à internet, que se faz presente de forma indispensável na maioria das empresas, de modo que tal ferramenta proporciona grande agilidade e baixo custo para as empresas. Em razão disso, se faz presente o correio eletrônico corporativo que é instrumento que o empregador fornece ao obreiro com o fito de que este melhor cumpra com suas funções.

Além disso, o empregador necessariamente, deve elaborar normas visando à regulamentação a respeito dessa questão prevendo se o empregado terá ou não a possibilidade de utilizar a referida ferramenta para fins pessoais. Ao passo que se inexistir tais normas não poderá ter o livre acesso em razão de estar violando a intimidade e a privacidade, bem como o sigilo de correspondência.

Assim, todo cidadão carrega consigo os direitos de personalidade que a ele são inerentes, não sendo diferente no ambiente de trabalho, por tal razão não podem ser violados e muito menos reduzidos ao nada, já que o empregado é a parte mais frágil da relação. Ocasão em que será feita uma análise a seguir a respeito da limitação do poder empregatício em face dos direitos fundamentais. Cabendo enfatizar, que o controle que o empregador exerce é apenas e tão somente sobre a prestação do serviço e não sobre a pessoa que o exerce.

Diante da análise acerca do correio eletrônico corporativo e o consequente monitoramento realizado pelo empregador em face do poder que possui diante a relação laboral, torna-se indispensável a análise quanto aos limites desse poder em razão dos direitos fundamentais do empregado.

O poder empregatício surge a partir da relação de emprego em que são assumidos deveres e obrigações entre empregado e empregador, constituindo o elemento essencial dessa relação à subordinação, visto que não raras vezes é elemento diferencial na solução de conflitos, situação esta que já foi tratada em item pertinente. Tal poder é conferido exclusivamente ao empregador, bem como é o único com titularidade para admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços no contexto da relação jurídica de emprego, conforme preceitua o caput do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho²¹.

Tradicionalmente o referido poder é chamado de poder de comando ou direção, o qual se subdivide em poder regulamentar, fiscalizatório e disciplinar. Nas palavras de Alvarenga, “o poder empregatício se manifesta na relação jurídica através desses poderes e insere-se como um dos efeitos inerentes ao contrato de trabalho”. Entretanto, aqui não será tratado especificadamente de cada poder, posto que o objeto central é o limite do poder fiscalizatório. (2009, p. 53)

Em detrimento da análise a ser feita em face da limitação do poder fiscalizatório, torna-se necessário conceituar o que seja esse poder, isto é, a forma pela qual ele vai se manifestar na relação de emprego, conforme segue:

Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno [...] (DELGADO, 2011, p. 620)

Assim, o referido poder tem a finalidade de acompanhar as atividades desenvolvidas pelo trabalhador com o fito de verificar se está cumprindo com as obrigações assumidas quando da firmatura do instrumento contratual, possibilitando ao empregador tomar as atitudes necessárias quando do descumprimento.

²¹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Complementando esse conceito, Nascimento afirma que a fiscalização realizada pelo empregador tem o objetivo de verificar se está recebendo a contrapartida que lhe é devida em razão do pagamento do salário, isto é, se efetivamente os serviços estão sendo prestados da forma contratada. (2001, p. 206)

Contudo, quando o empregador realiza esses procedimentos, não pode simplesmente o fazer sem a observância de nenhuma norma, desrespeitando direitos inerentes à pessoa do empregado, como os de personalidade. Nesse sentido, Vecchi alerta sobre esta situação afirmando que “além dos limites tradicionalmente apostos, ou seja, os limites do contrato de trabalho e das leis infraconstitucionais, devem ser acrescidos os princípios e valores fundamentais tais quais postos na Constituição”. (2009, p. 449)

Cabe salientar a importância do respeito das normas quando o empregador fiscalizar as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, ao passo que em situação alguma os direitos fundamentais podem ser afastados, devendo ser observadas também, as normas relacionadas ao instrumento contratual. Consequentemente, não poderão ser ultrapassados os limites do razoável.

Como já constatado quando fora tratado do monitoramento do correio eletrônico corporativo, no ordenamento jurídico não há previsão para essas situações, assim como não existe expressamente limitação para o exercício do poder de controle por parte do empregador. Contudo, não restam dúvidas acerca do respeito às normas estabelecidas no contrato, assim como os direitos fundamentais.

Diante disso, há quem entenda que a manifestação do poder empregatício por intermédio da fiscalização encontra limitação nas disposições constitucionais, que asseguram os direitos fundamentais, estando previstos no artigo 5º, incisos I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI, XII, XVII, XXVII, da Constituição Federal²². (ALVARENGA, 2011, p. 26)

²² 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A partir desse posicionamento pode-se constatar que independentemente de legislação específica para tratar acerca da problemática, os direitos fundamentais devem ser respeitados, visto que positivados na Constituição Federal, devendo ter total aplicabilidade nas relações laborais. Nesse sentido, segue importante ensinamento:

[...] é inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agriram à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçado pela Constituição vigorante. É que a Constituição pretendeu instituir um “*Estado Democrático*, destinado a assegurar o *exercício dos direitos sociais e individuais*, a *liberdade*, a *segurança*, o *bem-estar*, o *desenvolvimento*, a *igualdade* e a *justiça* como *valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na *harmonia social...*” (Preâmbulo da CF/88; grifos acrescentados) [...] (DELGADO, 2011, p. 621)

Destarte, afirma-se a ideia de que os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal devem ser observados, de modo que as práticas que afrontem a liberdade e dignidade basilar do trabalhador são refutadas pela norma maior. Ressalta-se que a introdução da referida norma já demonstra o quão importante se faz o respeito desses direitos.

O empregador não pode ultrapassar as prerrogativas de fiscalização submergindo na esfera pessoal do obreiro, o fim buscado pelo empregador é o melhor incremento à segurança da atividade empresarial, motivo pelo qual estará limitado em face do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade. (HAINZENREDER JÚNIOR, 2009, p. 89)

Os direitos de personalidade que o empregado possui, advindos da dignidade da pessoa humana, não podem ser postos de lado quando estão no ambiente de trabalho, de modo que eles o acompanham em qualquer lugar que estejam, são inerentes à pessoa. Por conseguinte, o poder fiscalizatório encontra limitação em tais direitos, não podendo ocorrer abusos por parte do empregador.

Quando se afirma que as atitudes do empregador não podem extrapolar os direitos fundamentais do trabalhador, tal situação está fundada no fato de que se for discutido

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

judicialmente será comprovado que os atos estão incorretos, conforme assevera Nascimento ao dizer que “se se torna abusiva da dignidade do trabalhador, não encontrará acolhida nas decisões judiciais. Terá de ser moderada, respeitosa, suficiente para que os seus objetivos sejam atingidos”. (2001, p. 206)

Nos casos em que o empregador desrespeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores estará praticando o abuso do poder de controle. Acontece que o ambiente de trabalho não pode facilitar que tal atitude seja tomada, de acordo com posicionamento de Barros:

Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não poderá constituir um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva. (apud ALVARENGA, 2011, p. 27)

Então, evidente está o fato de que por ser o empregado a parte mais frágil da relação empregatícia e o empregador deter o poder desta relação, não significa que este poderá fazer o que entender como sendo conveniente, passando por cima das garantias constitucionais que são asseguradas ao trabalhador.

Diante dos entendimentos citados, pode-se concluir que mesmo que não haja legislação específica para regular o poder empregatício, em especial o poder fiscalizatório, o empregador deve agir dentro dos limites do instrumento contratual, assim como das normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais que decorrem da dignidade da pessoa humana. Ao passo que esses direitos acompanham o empregado onde quer que se encontre não podendo ser desprezados sobretudo nas relações laborais.

Frente aos aspectos analisados, fica evidente que o empregador não poderá adentrar na esfera íntima do empregado em razão dos direitos fundamentais que este possui e do e-mail corporativo possuir proteção constitucional quanto a sua inviolabilidade, independentemente do conteúdo nele vinculado. Tal fato também se justifica em virtude do uso social do e-mail, pois não são poucos os casos em que o trabalhador passa a maior parte do dia na empresa do que em sua própria casa, então aproveita algum espaço de tempo entre as atividades para resolver algum assunto pessoal.

Assim sendo, o empregador não deve monitorar o e-mail corporativo com a leitura das mensagens enviadas e recebidas pelo obreiro. O máximo que poderia ser feito é um controle formal, que ocorre mediante programas que verificam aspectos externos da mensagem, como destinatário, título e registro de páginas acessadas, com o objetivo de localizar palavras-chave que possam sugerir nocividade para a empresa.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa monográfica teve como objetivo responder ao questionamento no tocante à possibilidade do empregado utilizar o correio eletrônico corporativo para fins particulares, assim como verificar a viabilidade do monitoramento pelo empregador em face do seu poder fiscalizatório.

Primordialmente, em análise a relação de emprego pode-se constatar claramente a diferenciação entre esta e a relação de trabalho, a primeira está estritamente relacionada com o trabalho subordinado ao passo que a relação de trabalho alcança toda modalidade de trabalho humano, sendo que cada uma dessas possui características próprias. No que diz respeito aos elementos que compõem o contrato de trabalho, são eles: empregador, empregado, personalidade, prestação de serviços, remuneração, não eventualidade e subordinação.

No que tange à subordinação, esta consiste no fato do empregado estar adstrito ao cumprimento das ordens emanadas do empregador, motivo pelo qual se torna um elemento de total relevância na relação empregatícia, visto que não raras vezes é utilizada como fator diferencial para a solução das relações que se mostram em conflito. Entretanto, essa análise não pode ser feita sobre a figura do empregado, mas sim, sobre a prestação de trabalho em si, devendo sua conceituação ser adequada às situações que com o decorrer do tempo vão sofrendo alterações, principalmente com as novas tecnologias implantadas nos meios laborais.

Assim sendo, as novas tecnologias proporcionam uma série de vantagens ao ambiente de trabalho, como também traz consigo algumas desvantagens. Ocorre que em virtude da legislação não acompanhar esse ritmo de inovações faz-se imprescindível a observância dos direitos fundamentais, pois as novas tecnologias não podem surgir no ambiente de trabalho com o fim de invadir a intimidade ou até mesmo como instrumento inesgotável de controle. Deve sim incidir em benefício das partes que são peças da relação laboral, e não somente de uma delas, no caso o empregador, situação em que não podem ser afastados os direitos mínimos que possui o trabalhador já que inexistente legislação específica no que tange a essas inovações tecnológicas.

Diante da noção e evolução dos direitos fundamentais, em que são demonstradas as mudanças que com o passar do tempo ocorreram de acordo com a necessidade de cada momento, entende-se que cada etapa dos direitos fundamentais importa na conquista de novos direitos, sendo, portanto, imprescindíveis para a vida do ser humano. Razão pela qual as

dimensões possuem um caráter suplementar, fazendo com que os direitos possam ser usufruídos cumulativamente, sem que haja a substituição de um pelo outro.

Com o mundo moderno existe cada vez mais intromissão na esfera íntima situação também que acaba por ser ocasionada em razão das novas tecnologias que proporcionam diversos meios para tanto, sendo praticado pelo poder público, como igualmente o fazem, senão mais, os particulares. Acontece que o direito à intimidade deve acompanhar o indivíduo onde quer que ele se encontre, não devendo ser afastado, principalmente nas relações que geram desequilíbrio e fragilidade, de modo que se violado o referido direito estará sendo violada também a dignidade da pessoa humana, pois desta que decorre o direito à intimidade.

Conforme se verifica, não é apenas o Estado quem detém poder sobre as pessoas, ou seja, capacidade de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade dos indivíduos, como também os entes particulares. Ante essa situação é que os direitos fundamentais também devem ser respeitados necessariamente nas relações que envolvem particulares pelo fato de que essas relações ensejam a violação desses direitos, por vezes com maior intensidade do que numa relação com o poder público, motivo pelo qual deve haver maior proteção, de modo que é uma imposição constitucional.

Frente à análise feita no que tange as teorias de aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, a teoria da eficácia mediata não se mostra totalmente eficaz, na medida em que coloca como pressuposto o fato de existir norma infraconstitucional para regular as relações privadas ou que haja interferência do magistrado na interpretação das normas. Isso acarreta uma objeção quanto a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, diminuindo a proteção de que necessitam.

Ocorre que a teoria da eficácia imediata não pode ser aplicada de maneira absoluta, posto que deve estar presente o elemento da ponderação, caso contrário uma das partes terá reduzido ao nada os direitos que possui e que devem ser levados em consideração quando proferida uma decisão, razão pela qual não deve ser aplicada uma ou outra teoria de forma absoluta.

O correio eletrônico corporativo é uma ferramenta muito utilizada no ambiente laboral, fazendo com que haja maior agilidade no desempenho das atividades desenvolvidas, instrumento este fornecido pelo empregador, ao contrário do correio eletrônico que é criado por quem tenha interesse de usá-lo.

Cumprе ressaltar que o e-mail particular está abrangido pela proteção constitucional da inviolabilidade de correspondência, não podendo o empregador utilizar do seu poder de fiscalização e monitorá-lo por ser usado no ambiente de trabalho, isto é, não poderá haver o livre acesso por outra pessoa a não ser o seu titular, senão configura a violação de correspondência.

Ainda, o correio eletrônico corporativo também encontra guarida na Constituição Federal, independentemente do seu conteúdo sendo, portanto, inviolável, ocasião em que o empregador não poderá adentrar na esfera íntima do empregado em face dos direitos fundamentais que este possui. Além disso, o empregado deve ter uma comunicação externa durante o horário de expediente. O uso social do e-mail corporativo deve se fazer presente, ao passo que o empregado passa maior parte do seu dia dentro da empresa e não pode ser privado de ter uma vida social, seja se comunicando com pessoas externas, seja com os próprios colegas de trabalho.

Dessa forma, o empregador não poderá monitorar o correio eletrônico corporativo, efetuando a leitura das mensagens enviadas e recebidas. O máximo que poderia ser feito é um controle formal em que ocorre mediante programas que verificam aspectos externos da mensagem, como destinatário, título e registro de páginas acessadas, com o objetivo de localizar palavras-chave que possam sugerir nocividade para a empresa.

Fica claro que o empregador não pode se valer do princípio da proporcionalidade para que assim tenha total acesso ao e-mail corporativo, pois o referido princípio visa à ponderação de direitos constitucionais que estejam no mesmo patamar de igualdade, motivo pelo qual jamais poderá o direito de propriedade se sobrepor ao direito à intimidade e à privacidade. Por isso é que os direitos fundamentais não podem ser esquecidos em razão de sua cabal importância, principalmente nas relações empregatícias em que ainda existe certa resistência quanto ao seu respeito por parte do empregador, que é quem detém maior potencial diante da relação.

Pode-se concluir que mesmo não havendo legislação específica para regular o poder empregatício, em especial o poder fiscalizatório, o empregador deve agir dentro dos limites do instrumento contratual, assim como das normas constitucionais que asseguram os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana. Ao passo que esses direitos acompanham o empregado onde quer que se encontre, não podendo ser desprezados, sobretudo nas relações laborais.

REFERÊNCIAS

AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2005.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: ano 27, n.º 317, p. 33-49, 2010.

_____. O poder empregatício no contrato de trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: ano 26, n.º 309, p. 48-64, 2009.

_____. Os limites do poder fiscalizatório quanto ao monitoramento das câmeras audiovisuais no ambiente de trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: ano 28, n.º 327, p. 25-40, 2011.

ALVES, Amauri Cesar. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas. **Revista LTr**, São Paulo: ano 75, n.º 10, p. 1209-1218, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 14 jul. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 8 de ago. 2012.

_____. **Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978**. Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm> Acesso em 02 de out. 2012.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **Temas contemporâneos na sociedade do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: ano 33, n.º 127, p. 84-100, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969**: Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 14 set. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Revista de direitos e garantias fundamentais. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>> Acesso em: 26 jul. 2012.

FERRARO, Valkíria A. Lopes; GALLINA, Paola M.; JÚNIOR, João Carlos Leal. **Da fiscalização do e-mail no ambiente de trabalho**: um enfoque à luz do direito empresarial e suas relações com as novas tecnologias da informação. Disponível em <<http://online.sintese.com>> Acesso em 01 jan. 2012.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Correio eletrônico corporativo – Aspectos jurídicos. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: ano 29, n.º 110, p. 13-29, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_82/artigos/ManoelGoncalves_rev82.htm> Acesso em 16 set. 2012.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O monitoramento do e-mail corporativo do empregado é legal? A questão deve ser vista apenas com base nos aspectos atinentes ao poder diretivo do empregador x proteção da privacidade do empregado? **Revista LTr**, São Paulo: ano 75, n.º 08, p. 903-928, 2011.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador:** o uso do e-mail no trabalho. São Paulo: Atlas, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAGO, Camila Dal; VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A aplicação do direito à intimidade na relação de emprego.** Disponível em <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2147/1387>> Acesso em 16 set. 2012.

MALTINTI, Juliana de Camargo; MALTINTI, Luciana de Camargo. **O monitoramento do correio eletrônico nas relações de trabalho.** Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3387.pdf>> Acesso em 18 de ago. de 2011.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho.** 8 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATTOSO, Jorge. **Tecnologia e emprego:** uma relação conflituosa. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8839200000300017&lang=pt> Acesso em 19 de jul. 2012.

MEDEIROS, Benizete Ramos de; MILAGRES, Juliana. Colisão entre poderes do empregador e as modernas tecnologias como meio produtivo. **Revista LTr**, São Paulo: ano 76, n.º 05, p. 596-606, 2012.

MEDEIROS, Dárlen Prietsch; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **As novas tecnologias e suas consequências nas relações de emprego:** uma releitura de antigos conceitos. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3267.pdf>> Acesso em 18 jul. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.** 27 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966**. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>> Acesso em: 14 set. 2012.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação e responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *E-mail – Invasão de privacidade*. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: ano 28, n.º 108, p. 179-183, 2002.

PEGO, Rafael Foresti; MARCANTONIO, Denise Jaques. Direitos fundamentais, direitos da personalidade e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo: ano 75, n.º 02, p. 197-203, 2011.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça da 4ª Região. **Recurso Ordinário** n. 00168-2007-203-04-00-3. Relator: Desembargador Presidente Flavio Portinho Sirangel. Porto Alegre, 03 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em: 9 de out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça da 4ª Região. **Recurso Ordinário** n. 0029600-82.2009.5.04.0303. Relator: Desembargador Hugo Carlos Scheuermann, Porto Alegre, 27 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em: 9 de out. 2012.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era informatizada”**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

SANDEN, Ana Francisca M. de Souza. O que trouxe a *internet* para o direito do trabalho? Anotações sobre novos problemas, com base em decisões judiciais. **Revista LTr**, São Paulo: ano 75, n.º 04, p. 452-459, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/transf_trabalho_leda_messias_da_silva.pdf> Acesso em 15 agos. 2011.

SPONCHIADO, Michelle. O monitoramento dos e-mails nas relações de trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: ano 26, n.º 306, p. 42-66, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. Vol. 1, 3 ed. rev. e ampl. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.