

RAFAEL FERNANDES PAZ

**O MONITORAMENTO
DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA
CORPORATIVA NO AMBIENTE DE TRABALHO**

Uma análise constitucional à luz da intimidade e
da privacidade do empregado





UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE COMUNICAÇÃO, TURISMO E ARTES
REITOR Valdiney Veloso Gouveia
VICE-REITORA Liana Filgueira Cavalcante



DIRETOR DO CCTA
Ulisses Carvalho da Silva
VICE-DIRETORA
Fabiana Cardoso Siqueira

CONSELHO EDITORIAL DESTA PUBLICAÇÃO

Ulisses Carvalho da Silva
Carlos José Cartaxo
Magno Alexon Bezerra Seabra
José Francisco de Melo Neto
José David Campos Fernandes
Marcílio Fagner Onofre
EDITOR



Ulisses Carvalho da Silva
SECRETÁRIO DO CONSELHO EDITORIAL
Paulo Vieira

LABORATÓRIO DE JORNALISMO E EDITORAÇÃO
COORDENADOR
Pedro Nunes Filho

Ficha catalográfica elaborada na Biblioteca Setorial do CCTA da Universidade Federal da Paraíba

P348m Paz, Rafael Fernandes.
O monitoramento da correspondência eletrônica corporativa no ambiente de trabalho: uma análise constitucional à luz da intimidade e da privacidade do empregado [recurso eletrônico] / Rafael Fernandes Paz. - João Pessoa: Editora do CCTA, 2023.

Recurso digital (822 KB)

Formato: ePDF

Requisito do Sistema: Adobe Acrobat Reader

ISBN: 978-65-5621-383-5

10.5281/zenodo.10119738

1. Direito do Trabalho. 2. Correspondência eletrônica corporativa - Direitos e conflitos. I. Título.

UFPB/BS-CCTA

CDU: 34:331

RAFAEL FERNANDES PAZ

**O MONITORAMENTO DA
CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA
CORPORATIVA NO AMBIENTE
DE TRABALHO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL À LUZ DA INTIMIDADE E
DA PRIVACIDADE DO EMPREGADO**

EDITORA DO CCTA
JOÃO PESSOA
2023

DEDICATÓRIA


Dedico este livro, primeiramente, a Deus, fonte de toda a sabedoria e conhecimento.

À minha esposa, Tayssa, pelo companheirismo e amor incondicional, suportando com leveza minhas imperfeições nessa caminhada.

Aos meus filhos Felipe, Lucas e Cecília, que me impulsionam a viver uma vida com propósito.

Aos mestres e amigos que contribuíram de algum modo para que este projeto fosse possível.

PREFÁCIO

 mundo contemporâneo é marcado por inovações tecnológicas, relações dinâmicas, otimização de tempo e de espaço. No meio ambiente de trabalho e nas relações jurídicas dali advindas não é diferente! Por isso, o presente *e-book* é uma obra atual e recomendada, pois trata de uma ferramenta tecnológica do trabalho em seus diversos aspectos.

O autor Rafael Fernandez Paz, com vasta experiência juslaboral, abordou a temática à luz do Direito do Trabalho, sem deixar de lado todas as nuances atinentes ao Direito Constitucional. É um livro sucinto e ao mesmo tempo profundo que fornecerá uma boa diretriz aos operadores do direito que fizerem a leitura do livro.

O Monitoramento da Correspondência Eletrônica Corporativa no Ambiente de Trabalho traz aspectos sensíveis e assertivos sobre o limite do poder diretivo e punitivo do empregador em cotejo com a privacidade e intimidade do empregado. É capaz de sanar várias dúvidas corriqueiras sobre o tema.

Tenham todos (as) uma boa leitura!

Wiviane Souza

Juíza Substituta do Trabalho do TRT da 6ª Região

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
Sobre o autor	8
INTRODUÇÃO	9
ANÁLISE CONSTITUCIONAL	12
ACERCA DO MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABA- LHO	12
A Força Normativa da Constituição e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo axiológico do sistema jurídico	12
A dimensão dos direitos fundamentais do empregado na relação de emprego	20
A Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego (<i>Drittwirkung</i>)	22
A solução de conflitos entre direitos fundamentais na relação pri- vada de emprego: o respeito à intimidade e à vida privada em face do direito de propriedade	25
O DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E SUA TUTELA INFRACONSTITUCIONAL	37
O Poder Empregatício no contrato de trabalho	37
Subordinação Jurídica do Empregado no Contrato de Trabalho	45
O Princípio da Boa-fé objetiva no contrato de trabalho	48

O MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA CORPORATIVA DO EMPREGADO NO AMBIENTE LABORAL: OS LIMITES DO PODER EMPREGATÍCIO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO54

A dinâmica social e a inserção de novas tecnologias no ambiente de trabalho: A preocupação com a chamada “Química da Intrusão”, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT)54

Os aspectos legais do monitoramento do *e-mail* no ambiente de trabalho58

Distinções terminológicas do e-mail corporativo: e-mail corporativo de senha comum dos “empregados” e de senha privativa do “empregado”79

O monitoramento do *e-mail* no direito comparado81

Contribuição doutrinária acerca dos critérios objetivos legitimadores do monitoramento de e-mail no ambiente laboral90

CONSIDERAÇÕES FINAIS94


REFERÊNCIAS97

Sobre o autor



Graduado em Ciências Jurídicas com Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2010); Pós-graduado em Novas questões de Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damas (2014/2015); Ocupante de cargo de provimento efetivo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região - PE, em exercício na 3ª VT de Goiana- PE, nas funções de Assistente de Diretor e de Juiz; Aprovado para o cargo de Procurador do Município de Barra do Garças - MT(2013); Ex-Técnico do Seguro Social do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, aprovado no cargo em 2012; Ex-sargento de carreira do Exército Brasileiro, de 2003 a 2012.

INTRODUÇÃO

 monitoramento da correspondência eletrônica corporativa é tema que desafia estudiosos do Direito do Trabalho na atualidade. Esse conflito entre o direito de propriedade, conferido ao empregador, e o direito à intimidade e privacidade do empregado tem chegado cada vez mais ao Poder Judiciário Trabalhista a fim de ser dirimido, uma vez que não há no ordenamento jurídico brasileiro, hoje, qualquer norma que discipline a referida prática.

O atual ambiente laboral transformou-se em virtude do desenvolvimento tecnológico e da disponibilidade de ferramentas inovadoras, tais como o correio eletrônico e a internet, evidenciando-se o surgimento de novos conflitos entre empregados e empregadores. O estudo deste cenário ganha relevo a partir do momento em que essas tecnologias permitem que o empregador exerça um controle ilimitado sobre o exercício profissional do empregado, através de “softwares” capazes de detectar as mensagens enviadas e recebidas por este em sua caixa de *e-mail* corporativo.

O TST vem decidindo favoravelmente ao monitoramento da correspondência eletrônica corporativa, ao fundamento de ser o e-mail uma ferramenta de trabalho como qualquer outra posta à disposição do empregado para o desempenho das funções que lhe foram atribuídas. A análise das decisões da mais alta Corte trabalhista será detidamente analisada no último capítulo deste livro, no qual faremos uma abordagem minuciosa desse entendimento.

A análise constitucional do tema será devidamente abordada no primeiro capítulo, uma vez que com ela formaremos uma base fundamental para a discussão da matéria, tendo em vista os valores constitucionais conflitantes na presente problemática.

Sob o enfoque da força normativa da Constituição, com especial análise do princípio da dignidade da pessoa humana, da dimensão dos direitos fundamentais dos trabalhadores, e de sua eficácia irradiante sobre os particulares, abordaremos, à luz da constitucionalização do Direito do Trabalho, como os empregadores estão igualmente vinculados direta e imediatamente aos direitos fundamentais, de forma que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é uma teoria neoconstitucional amplamente aplicável no direito brasileiro, mormente para as relações trabalhistas.

Veremos, no segundo capítulo, como os diplomas normativos infraconstitucionais disciplinam o poder empregatício e a subordinação jurídica, de forma a estabelecer um elo entre um e outro, no limite da boa-fé objetiva do contrato de trabalho, e como os deveres anexos deste contrato serão amplamente aplicáveis ao ramo do Direito do Trabalho.

A análise do monitoramento do e-mail corporativo será amplamente debatida no último capítulo, momento em que as discussões doutrinárias acerca de licitude ou não dessa prática vão ser devidamente trabalhadas. A análise desse monitoramento no direito comparado será oportunamente apreciada, devido, principalmente, à evolução das legislações estrangeiras que disciplinam essa prática e que, legitimando ou não, trazem importante contribuição doutrinária para o entendimento do tema.

Ao final do trabalho, traremos a contribuição doutrinária acerca do tema, que, sem embargos de trazer a melhor solução, possibilitará

uma sistematização de todo o pensamento doutrinário exposto, a justificar a licitude ou não dessa prática fiscalizatória no ambiente de trabalho. O estudo desse tema abrirá a discussão sobre quais os limites à atuação do poder fiscalizatório no ambiente de trabalho, sobretudo diante da nova realidade social que nos aparece como uma verdade inescapável.

Trataremos de um tema indiscutivelmente importante no meio jurídico, porquanto o que estão em jogo são valores constitucionalmente garantidos. De um lado a propriedade privada, que será analisada à luz dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Do outro lado a intimidade e a privacidade, assim como a inviolabilidade da correspondência eletrônica corporativa, todos, ainda, timidamente debatidos e resolvidos na doutrina e jurisprudência.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizamos a metodologia de pesquisa jurídico-dogmática instrumental, com análise da doutrina e das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao tema, bem como da jurisprudência. Para tanto, utilizamos o método de abordagem indutivo, o que nos possibilitou uma análise dos permissivos legais e dos limites ao poder empregatício acerca do monitoramento do e-mail corporativo.

Através do método hermenêutico, analisamos, ainda, as normas que disciplinam o poder empregatício e seus limites, a subordinação jurídica do empregado e os seus direitos à intimidade e à privacidade. Buscamos pelo método comparativo, mediante a análise do direito estrangeiro, encontrar o tratamento dado ao tema do monitoramento da correspondência eletrônica corporativa, a fim de encontrarmos subsídios necessários para fundamentar os limites da atuação do empregador em face de seus empregados.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DO MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

A Força Normativa da Constituição e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo axiológico do sistema jurídico

Atualmente, não podemos abordar qualquer matéria infra-constitucional sem cuidarmos do campo constitucional das relações envolvidas, sem o que dificilmente conseguiríamos alcançar resultados satisfatórios, uma vez que gravita em torno das relações sociais a força normativa da Constituição.

Somente sob uma análise da constitucionalização do direito do trabalho, à luz da força normativa da Constituição, será possível entrever o resultado do conflito entre dois direitos constitucionalmente garantidos. É sobre a Constituição, portanto, que o intérprete se debruçará e no qual deverá buscar os limites do poder empregatício em face do direito à intimidade e à privacidade do empregado.

A contribuição do novo direito constitucional (neoconstitucionalismo) trouxe inegável avanço para o campo da teoria do direito, tanto pelo amadurecimento da jurisdição constitucional, com a constitucionalização dos ramos do direito (filtro constitucional), quanto pela atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica, superando o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado.

Importante destacarmos os ensinamentos de Cunha Júnior¹, segundo o qual, a passagem do “Estado Legislativo de Direito” para “Estado Constitucional de Direito” foi possível devido à passagem da Lei e do Princípio da legalidade para periferia do sistema jurídico com o conseqüente reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Com a implantação do Estado Constitucional de Direito, opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais.

A consequência da adoção desse novo paradigma deu ensejo a um fenômeno denominado “constitucionalização do direito”, o que significa a exigência da leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.

Em perfeita síntese, Barroso apresenta a contribuição do neoconstitucionalismo, segundo o qual,

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito [...]²

1 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2023. p. 33.

2 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 09, mar/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2009

Conceber a força normativa da Constituição é imprescindível para justificar, no âmbito das relações privadas, os limites ao exercício dos direitos dos atores privados, uma vez que a Constituição é o centro irradiador de todas as demais normas. Conforme nos ensina Hesse,

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizado por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de Poder”, tal como ensinado por Jellinek e como, hordienamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. [...] em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição [...]³

O pensamento de Hesse se opõe tanto ao normativismo kelseniano, que, no plano constitucional, isola a Constituição da realidade social, preocupando-se apenas com a primeira, como o sociologismo da Lassalle, que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional. Para ele, a Constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não podem ser vislumbrados isoladamente.

Barroso nos informa que “a ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico”⁴, repercutindo tanto na relação indivíduo-Estado, quanto na relação entre os particulares. Relativamente a estes, conforme doutrina o mesmo autor⁵, esse fenômeno vai estabelecer limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como o

3 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 25.

4 BARROSO. *op. cit.* nota 2

5 Idem. *Ibidem*.

uso e controle da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Nesse diapasão, verificamos que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e a sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Além disso, o ingrediente essencial para a força normativa é o que Hesse chamou de “vontade de Constituição”⁶, ou seja, deve haver uma vontade de realização concreta da Constituição, tanto por parte do Estado, quanto pelos particulares.

Importante a conclusão indicada por Sarmento, para o qual,

Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social [...]⁷

Ora, “a finalidade de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação”⁹, não devendo o aparecimento de novas tecnologias no ambiente trabalho violar os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado.

Aliado à Força Normativa, forçoso estudarmos a dignidade humana, uma vez que é ela o valor central da cultura e do direito ocidental devido à sua fundamentação na liberdade individual e proteção à personalidade. “A luta pela dignidade humana expressa a própria afirmação dos direitos fundamentais do cidadão”⁸.

6. HESSE. *op. cit.*, p. 24. nota 3.

7 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010. p. 55.

8 HESSE. *op. cit.*, p., 23. nota 3

Percebe-se, com efeito, que, na evolução da afirmação do valor da dignidade humana, “cujos momentos mais relevantes historicamente foram o Cristianismo, seguido do Iluminismo-Humanista, enriquecido por algumas ideias de Kant e contagiado pelas agruras da Segunda Grande Guerra”⁹, o comportamento de devoção ao valor do homem como um fim em si mesmo tendeu a ser assumido como uma ideologia cultivada no mundo ocidental de nossos dias, a despeito de, muitas vezes, impor-se como discurso bem distante da prática do Estado e do Direito¹⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Branco, é o valor fundamental do Estado social democrático de direito, justificando-se nele a própria existência do ordenamento jurídico, atribuindo-se a este o caráter de “portador da mais alta hierarquia lógico-valorativa, não sendo, todavia, absoluto, a fim de viabilizar o objetivo da igualdade em dignidade de todos os seres humanos”¹¹.

Aliás, Sarlet leciona que;

O princípio da dignidade da pessoa humana é detentor de um caráter normativo e vinculante, seja na dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva e, seja como fundamento de posições subjetivas, pois é um princípio constitucional genesiano a todas as demais normas jurídicas, nele se iniciando e encerrando a própria unidade de todo o sistema jurídico-normativo vigente. Dessa feita, tanto a livre iniciativa como o valor social do trabalho, no ordenamento pátrio, amalgamam-se em torno da dignidade da pessoa humana [...]¹²

9 SOARES, Giuliano Cavalcanti. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no arbitramento da indenização por dano moral*. Disponível em: <https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&id=62624&id_cliente=21143&c=3>. Acesso em 29 mai 2009.

10 BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 55

11 BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 103-104

12 BRANCO. *op. cit.*, p.60

Essa é a mesma posição de Sarmiento¹³, segundo o qual, o Princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88), e que “costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais”, representa o “epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico”, balizando tanto os atos estatais, quanto todas as relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.

Na mesma linha, Bonavides pondera que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade da Constituição Federal do que o Princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁴.

Apesar do caráter compromissório de nossa Constituição, decorrente da sua base social pluralista, ela é toda perpassada pela preocupação com a tutela da pessoa humana. Por isso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público e privado, conforme leciona a melhor doutrina.

Daí decorre a “necessidade jurídica de identificar neste princípio não apenas o parâmetro interpretativo na exigência de releitura do ordenamento, mas, além disso, o valor cuja atuação positiva deve orientar axiologicamente todo o sistema jurídico”¹⁵.

Conforme nos demonstra Sarmiento,

O princípio da dignidade da pessoa humana exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 75

14 SARMENTO. *op. cit.*, p. 85

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. Salvador: Juspodvim, 2020. p. 289

consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais [...]»¹⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana, agregando em si a qualidade de princípio constitucional e fundamento da República, não há de tolerar qualquer descaso ou desrespeito cometido contra ele.

E é por constar como fundamento da República e ante o seu caráter normativo, em respeito ao sistema jurídico como um todo, que o referido princípio há de inspirar todas as atividades hermenêuticas¹⁷.

O monitoramento do *e-mail* no ambiente de trabalho pode ser um perigoso atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando não encontra limites necessários para o legítimo exercício de um direito conferido ao empregador em face das atividades desenvolvidas pelo empregado. Por ser esta a preocupação do presente estudo, valemo-nos dos ensinamentos de Sarlet, ao discorrer sobre uma das principais expressões deste princípio:

Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal. Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta,

16 PERLINGERI, Pietro. *Commento alla Costituzione Italiana*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 06 apud CUNHA JÚNIOR. op. cit. p. 584

17 SARMENTO. *op. cit.*, p. 87

acarretando, dentre outras consequências, a necessidade de se tolerarem ingerências na esfera pessoal apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade (grifos nosso) [...]¹⁸

O que se percebe, em última análise, conforme nos ensina Sarlet, é que onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, seja esse por parte do Estado, ou do próprio particular, como é o caso do empregador em face do empregado, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. Para o referido autor, “a concepção de homem-objeto constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana”¹⁹.

Sarlet doutrina, ainda, que,

Importa considerar, nesse contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip) [...]²⁰

Em conclusão a tudo o que foi exposto no presente tópico, pode-se afirmar, com base na melhor doutrina, que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se o reduto intangível de cada indivíduo e, ainda, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas, tanto por parte do Estado, quanto por parte dos atores

18 SARLET. *op. cit.*, p. 118

19 SARLET. *op. cit.* p. 118

20 Idem. *Ibidem.* p. 119-120

privados das relações sociais. Contudo, conforme nos ensina Sarlet²¹, tal não significa a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos fundamentais, mas que tais restrições não ultrapassem “o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana”.

A dimensão dos direitos fundamentais do empregado na relação de emprego

As discussões jurídicas contemporâneas, pelo menos em sua farta maioria, certamente perpassam pela temática dos direitos fundamentais, que tanto enobrecem a investigação jurídica, pois, no contexto da modernidade, experimenta uma análise de conteúdo, que “leva o Direito a livrar-se do pecado de dedicar-se, primordialmente e durante pelo menos um século, às formas”²².

Conforme apontado por Cunha Júnior²³, não há consenso doutrinário no terreno terminológico e conceitual dos direitos fundamentais. É muito comum, doutrinariamente, o uso de variadas expressões para identificar os direitos da pessoa humana. Sem embargos de levantar questionamentos quanto à melhor terminologia, usaremos, no presente estudo, o termo “direitos fundamentais”, não obstante terminologias como “liberdades públicas”²⁴, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, etc., sejam usadas pela doutrina para designar a mesma coisa. Não entraremos, portanto, no mérito de qual seria a melhor expressão, uma vez que não é este o objetivo do presente trabalho.

Segundo Cunha Júnior, os direitos fundamentais seriam “aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de

21 *Idem.*, p. 122

22 BRANCO. *op. cit.*, p. 40

23 CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 512

24 SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 43.

prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”²⁵.

A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos (dimensão subjetiva), tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros (dimensão objetiva e dever de proteção).

Segundo Sarmiento,

Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana. Tal aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e está associado á ótica emergente do *Welfare State*, que enxerga no Estado não apenas um inimigo dos direitos do homem, que por isso deve ter as suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil [...]²⁶

O reconhecimento da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais tem implicado consequências consideráveis. Em síntese lapidar, Bonavides enumera algumas das mais importantes, quais sejam,

a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda esfera do Direito Privado; [...] b) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; c) dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; d) o desenvolvimento da eficácia

25 *Idem. Ibidem.*, p. 518

26 SARMENTO. *op. cit.*, p. 129

inter privatos, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com a atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; e) a aquisição de um duplo caráter [...], ou seja os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; [...] f) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante [...]²⁷

É certo que o direito à intimidade e o direito à privacidade, enquanto direitos da personalidade, portanto, direitos fundamentais (art. 5º, X, da CF/88), representam uma fonte importante de invasão dos valores personalistas no Direito Privado. Tais direitos serviriam para garantir o mínimo necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade (arts. 11 e 12 do CC/02 e art. 223-G da CLT) e estariam destinados a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), o que se tornou premente, entre outras razões, pelos avanços científicos e tecnológicos do mundo contemporâneo.

A Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego (*Drittwirkung*)

Verificamos que uma das relevantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste na aceitação de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia aferida não só sob o ângulo do indivíduo perante o Estado, mas também sob ângulo da

²⁷ BONAVIDES. *op. cit.*, p. 541-542

comunidade na qual o indivíduo se encontra inserido, ou seja, na eficácia irradiante desse direitos (*Ausstrahlungswirkung*) também na esfera privada.

Entende-se por eficácia horizontal dos direitos fundamentais a incidência e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

De fato, parece indiscutível, conforme pondera Sarmiento, que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil, e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável³⁰. Indispensáveis, nesse tema, as palavras de Sarlet ao discorrer sobre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais [...]²⁸

Há, basicamente, três teorias sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. A Teoria negativa, que rejeita a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, a Teoria da eficácia mediata e indireta, e a Teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais.

28 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER, Fredie Jr. (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 5. ed. Salvador: Podium, 2007. p. 121.

Para as teorias negativas, os direitos fundamentais só vinculam o Poder Público, nunca os particulares³². Já para a teoria da eficácia indireta ou mediata, desenvolvida originariamente na doutrina alemã, aplicam-se os direitos fundamentais às relações privadas, condicionando-se essa incidência, contudo, à prévia atuação do legislador infraconstitucional, que teria o dever de conformar as relações privadas à luz das normas constitucionais definidoras de direitos.

A Teoria da eficácia direta ou imediata, apesar de defendida originalmente na Alemanha, não teve aceitação naquele País. Para essa Teoria, os direitos fundamentais têm incidência direta e imediata nas relações sociais privadas, independentemente de prévia atividade legislativa. “Assim, não só o Estado, mas também os particulares estão vinculados à Constituição”²⁹.

No Brasil há uma tendência doutrinária e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF)³⁰ em se aplicar a Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo Cunha Júnior, “essa tendência não é mais senão a aplicação do que preconiza, entre nós, o §1º do art. 5º, que determina a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais”³¹.

29 “Tais teorias foram responsáveis pela criação, nos Estados Unidos, da doutrina do *state action*, que, fundada na intangibilidade da autonomia privada, recusa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 592.

30 CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 593

31 SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados (STF, RE 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Publicado no DJ 27 out 2006).

Para Sarmiento, considerando-se a moldura dos valores da Constituição de 1988, “é indubitado que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado”. O referido autor nos informa, ainda, que nossa atual Constituição “não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”³².

A autonomia privada no direito pátrio não é absoluta, e não será desconsiderada pela aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, desde que seja devidamente sopesada na ponderação de interesses. Os interesses em colisão, na presente discussão, seriam, de um lado, o direito de propriedade do empregador (art. 5º, XXII, da CF/88), e do outro a intimidade e a privacidade do empregado (art. 5º, X, da CF/88). Os princípios constitucionais colidentes, assim como o critério utilizado para a solução desse conflito serão sucintamente abordados no próximo tópico, assim como os direitos fundamentais em discussão.

A solução de conflitos entre direitos fundamentais na relação privada de emprego: o respeito à intimidade e à vida privada em face do direito de propriedade

A Constituição Federal de 1988 conferiu, em seu art. 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da correspondência. No inciso X do mesmo dispositivo estabelece, *in verbis*, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

32 CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 593-594

O inciso XII conferiu a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. O que se tutela no preceito em questão é a liberdade de comunicação e sua reserva constitucional.

Importante salientar que a “intimidade” e a “vida privada” foram tratadas distintamente pela Constituição, não sendo conceitos coincidentes, sendo esse o entendimento majoritário da doutrina. Segundo Simón, “vida privada seria tudo aquilo que o indivíduo quer ocultar do conhecimento público e intimidade seria tudo aquilo que ele quer deixar apenas no seu próprio âmbito pessoal, oculto também de pessoas de seu convívio mais próximo”³³, ou seja, a vida privada é mais ampla do que a intimidade, estando esta contida naquela.

No que concerne à inviolabilidade da correspondência, conforme nos aponta Simón³⁴, “numa perspectiva bastante ousada, poder-se-ia dizer que a simples garantia do direito à intimidade e à vida privada” já acarretaria automaticamente a inviolabilidade das comunicações em geral (art. 5º, XII), uma vez que se trata de manifestação prática dessa proteção genérica da intimidade.

O Constituinte, conforme pontua a referida autora, preferiu ser mais cuidadoso e detalhista, protegendo a vida privada e a intimidade a fim de evitar possíveis interpretações restritivas³⁵.

A intimidade e a vida privada, enquanto direitos fundamentais de primeira dimensão³⁶, pertencem aos direitos da personalidade, especificamente condizentes com o direito à integridade moral³⁷. São

33 SARMENTO. *op. cit.*, p. 328

34 SIMÓN. *op. cit.*, p. 101

35 *Idem. Ibidem.*, p. 100

36 SIMÓN. *op. cit.*, p. 101

37 CUNHA JÚNIOR. *op. cit.*, p. 589

valores subjetivos, relacionados tanto com elementos intrínsecos do ser humano como com suas próprias qualidades e virtudes, razão pela qual, segundo entendimento doutrinário, incluem-se no âmbito da integridade moral.

O empregado em seu ambiente de trabalho não tem seus direitos da personalidade retirados pelo exercício do poder empregatício, em especial por não haver sujeição pessoal do trabalhador em face do empregador, mas subordinação jurídica. Nesse sentido, manifesta-se Barros, segundo a qual,

A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. O empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, por certo sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. É inadmissível, entretanto, que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana. Como se vê, não é o fato de o empregado subordinar-se ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria uma degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado [...]³⁸

A tutela dos direitos da personalidade não se limita ao que foi pontualmente tipificado pelos textos infraconstitucionais (art. 11 a 21 do Código Civil e art. 223-C da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído pela Lei nº 13.467/17), assumindo, pois, uma dimensão axiológica maior com a Constituição Federal de 1988, afigurando-se estes como o centro gravitacional do direito privado de forma que, atualmente, projeta-se sobre todos os campos do Direito Privado, remodelando seus institutos e conformando-os aos valores sociais acolhidos pela Lei Maior.

38 SIMÓN. op. cit., p. 68

Importante destacarmos a discussão doutrinária acerca das correntes que pretendem explicar a concepção dos direitos da personalidade. A primeira delas, denominada pluralista³⁹, estabelece a existência de diversos direitos da personalidade e os protege de acordo com aquilo que foi consagrado pelo legislador como os mais importantes para a tutela da vida humana na seara privada. A segunda, denominada monista⁴⁰, defende a existência de um direito geral de personalidade, de caráter abrangente, abrigando a proteção de todos os bens jurídicos integrantes da personalidade humana, ainda que não indicados expressamente pelo legislador.

Segundo Sarmiento, em favor dessa segunda corrente verifica-se a existência de uma proteção mais ampla da personalidade, que não se exaure na proteção dos bens jurídicos inseridos na legislação, até mesmo pelo fato do rápido desenvolvimento da sociedade que a todo instante abre-se para novos perigos, como é o caso da “química da intrusão” propugnada pela Organização Internacional do Trabalho (Cuidado: um ojo electrónico lo vigila! Revista da OIT, n. 10, 1994, p.24 apud BARROS, Alice Monteiro de, 2009, op. cit., p. 87)) em decorrência das tecnologias investigativas no ambiente de trabalho (Câmeras de circuito interno, monitoramento do e-mail com *softwares* específicos, etc). Esta solução mencionada acima, quanto à proteção mais ampla da personalidade, não foi adotada pelo legislador pátrio, que, no Novo Código Civil, não consagrou um direito geral da personalidade, adotando a técnica da identificação de alguns direitos específicos, conforme nos ensina Sarmiento⁴¹. Todavia, a doutrina civilista⁴⁶ vem sustentando a existência de um direito geral da personalidade

39 BARROS, Alice Monteiro de. *A proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p.25.

40 BARROS, Alice Monteiro de. *A proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p.25.

41 SARMENTO. *op.cit.*, p. 98

extraído do Texto Constitucional, que poderia ser invocado nas relações privadas para coibir atos atentatórios contra outros bens jurídicos componentes da personalidade humana, não discriminados expressamente no Código ou em qualquer lei, como é o caso do monitoramento de *e-mail* eletrônico corporativo.

Destarte, além da possibilidade de invocação direta dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, há que se destacar, em apoio a esta tese, à abertura sistemática do Código Civil, propiciada pela cláusula geral de responsabilidade por dano moral, encartada no art. 186 do referido *codex*.

Acontece que, apesar da relevância desta teoria, mesmo um direito geral da personalidade está longe de ser o suficiente para as necessidades da tutela da dignidade da pessoa humana no direito privado.

De tudo o que foi exposto até o momento, constatamos que a proteção da pessoa humana nas suas relações privadas não se esgota na garantia de direitos subjetivos, cuja prestação consiste num dever geral de abstenção. A sociedade solidária, instaurada pela nova ordem constitucional, além do dever geral de não violação da personalidade humana, estabelece aos atores privados obrigações positivas, ligadas à promoção e realização dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Sarmiento⁴², com muita propriedade, nos ensina que a tutela da personalidade humana deve ser dotada de “elasticidade”, devendo incidir sobre todas as situações em que apareça alguma ameaça à sua dignidade, tipificada ou não pelo legislador.

Como vimos anteriormente, à luz do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, os direitos fundamentais são oponíveis também nas relações

42 *Idem.*, p. 99

privadas, entre as quais a de emprego, devido à eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais, na realidade brasileira. Conforme nos ensina Barros⁴³, na hipótese de existir legislação infraconstitucional, o Juiz deverá aplicar o conjunto das normas de direito fundamental previsto na Constituição e também na lei ordinária, podendo, a teor do art. 5º, §2º, do texto constitucional, estabelecer o controle por meio do juízo da proporcionalidade ou razoabilidade, para dar aplicação imediata aos direitos fundamentais.

Se é certo que a autonomia privada recebe a proteção da ordem constitucional, também há de se considerar que, dentro do quadro axiológico de nossa Constituição, esse mesmo direito sofre limitações quando contraposto com outros valores fundamentais abrigados pela mesma Lei Maior. Quando pensamos em liberdade, não podemos, como visto, vislumbrar apenas a opressão vinda do Estado, mas sim de toda uma multiplicidade de atores privados que da mesma forma podem limitar a liberdade humana de forma muitas vezes mais despótica e irrefreável do que o próprio titular do Poder Público.

Essa autonomia privada significa, segundo Sarmiento, o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, ou seja, de “autogoverno de sua esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, “capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade”⁴⁴.

Verificamos que a autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada com o direito de outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, além de outros valores igualmente protegidos pelo Estado Democrático de Direito. Isto não quer dizer, no entanto, que

43 *Idem*, p. 99

44 SARMIENTO. *op. cit.*, p. 157

esses mesmo direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, em questão no presente estudo do monitoramento do *e-mail*, se revistam de valores absolutos.

De fato, todo esse fenômeno constitucional descrito até aqui tem modificado a roupagem da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o magistério de Sarmento,

Basta percorrer com a mínima atenção a constituição de 1988 para verificar que a liberdade que ela pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes. Pelo contrário, é flagrante no discurso constitucional a preocupação com a efetividade da liberdade, com a garantia, enfim, das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do seu generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais que ela consagra, e ainda dos princípios norteadores da ordem econômica e da ordem social que ela acolhe. Na verdade, a Constituição não toma a liberdade como um dado natural que lhe caiba proteger apenas através da limitação do arbítrio governamental. Ao inverso, ela reconhece que a miséria e a exclusão existentes na esfera social prejudicam a autonomia do cidadão, e por isso considera que a liberdade individual não é só limite, mas também tarefa, cuja persecução envolve estatais comissivos, além de obrigações positivas e negativas impostas aos próprios particulares [...]⁴⁵

Todavia, é preciso destacar que a mesma Constituição que confere essa inclinação para o social não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Nesse sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental, porém, como nos ensina Sarmento, “a opção capitalista

45 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 591

é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através de cláusulas compromissórias”⁴⁶.

Essa disputa entre o capital e o social, como bem afirma Grau⁴⁷, decorre do entrechoque das tendências ideológicas que contribuíram para a elaboração da Carta Política de 1988. Nesse sentido, constata-se que o art. 1º da Carta Magna aponta como fundamento da República não a livre iniciativa tão somente, mas os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF/88). Constatamos, também, que o art. 170, antes de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e estabelece ainda que a finalidade desta ordem é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, CF/88), tratando a livre iniciativa não como um fim em si mesmo, mas como um meio a alcançar aquele objetivo fundamental.

Notamos, ademais, que a proteção da propriedade privada está condicionada ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III, CF/88), não podendo o empregador exercer seu direito em desrespeito ao objetivo fundamental solidarístico para a promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Conforme nos aponta Belmonte, o fato de o empregador deter a propriedade do equipamento utilizado pelo empregado para prestação dos serviços, por si só não autoriza o exercício do poder empregatício absoluto, ou seja, “o direito de propriedade há de ser exercido nos limites de sua função social, assim como o contrato de emprego deve cumprir sua função social”⁴⁸

Embora a Constituição adote um princípio básico da ordem capitalista, qual seja a iniciativa privada, a ordem econômica

46 SARMENTO. *op. cit.*, p. 154

47 SARMENTO. *op. cit.*, p. 175.

48 SARMENTO. *op. cit.*, p. 175

constitucional formal prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Segundo Silva,

Essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) [...]⁴⁹

É a partir dessa moldura axiológica que se deve examinar a proteção à autonomia privada outorgada pela Constituição Federal em contraposição com os valores humanísticos colidentes da intimidade e da vida privada. Para Sarmento, a proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: “mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial”⁵⁰

Para o entendimento do debate ora tratado, valemo-nos da solução propugnada por Sarmento, segundo o qual,

Existem certas ações humanas que envolvem apenas escolhas de caráter existencial, e neste campo a liberdade de agir deve ser protegida mais intensamente pela ordem jurídica. Outros comportamentos referem-se exclusivamente a questões patrimoniais e econômicas, e nestes casos a tutela constitucional à autonomia privada não deve se fazer tão forte. Mas, entre os extremos, há um continuum de situações em que o comportamento humano envolve, simultaneamente, aspectos patrimoniais e existenciais, em maior ou menor grau. Nestes casos, o nível de proteção constitucional conferido à ação do agente vai depender da sua posição dentro daquela escala: quanto mais o comportamento se aproximar da esfera das opções e valorações exclusiva-

49 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005., p. 60

50 BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 58

mente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar deste campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será esta tutela [...]⁵¹

Quando o direito positivo intervém nas relações materialmente desiguais, como a da relação de emprego, ditando normas de ordem pública em proveito do empregado, ele não está, a rigor, desconsiderando a sua autonomia privada. Trata-se de proteção da liberdade, cuja interpretação articula-se com o valor da igualdade⁵².

Nessa diáspora, indiscutível a colisão de princípios fundamentais justralhistas abrigados na Lei Maior que, no caso concreto, deverão ser restringidos proporcionalmente, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses. Ora, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que os referidos valores não são absolutos, devendo ser ponderados com outros direitos e princípios constitucionais.

Diferentemente da colisão de preceitos legais, que se resolvem pelos métodos de validade, especialidade e cronologia, os princípios constitucionais são avaliados tendo em conta o valor que a ordem constitucional lhes confere. Como o objetivo do trabalho não é pormenorizar esse tema de colisão de princípios, nos valeremos dos ensinamentos de Branco, que, em percuciente análise, resume com propriedade o pensamento dos principais constitucionalistas no referido tema, para a qual:

A colisão aparente entre princípios (e direitos humanos fundamentais) pode se dar em dois sentidos: amplo ou restrito, respectivamente cada qual envolvendo, a tensão entre direito fundamental versus princípio constitucional, e entre direitos fun-

51 SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 788

52 SARMENTO. *op. cit.*, p. 177

damentais de natureza idênticas ou diversas (Dworking, Alexy e Canotilho); o eixo axiomático da hermenêutica constitucional deve partir do princípio da dignidade da pessoa humana (Ingo Wolfgang Sarlet) [...] Na hipótese de existência de colisão entre princípios constitucionais (ou direitos humanos fundamentais), há que se atentar para a lógica jurídica adotada pelo sistema que, naturalmente, impõe às atividades interpretativas e aplicativas em relação à norma jurídica constitucional uma solução que tenha passado, necessariamente, pela busca de reconhecer, no princípio da dignidade da pessoa humana, a origem de todos os demais princípios constitucionais (e direitos humanos fundamentais), tratando-se ele de um desdobramento natural, de um núcleo irradiador da razão de ser de todos eles [...] caso se verifique uma colisão entre princípios constitucionais (e/ou direitos humanos fundamentais), o embate há de ser resolvido conforme o fato concreto e com base nas três fases da Máxima da Proporcionalidade elaborada por Alexy, quais sejam: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade, momento este em que, na hipótese da colisão ainda prevalecer, há de ser solucionada, sucessivamente, através das 1^a e 2^a Leis da Ponderação [...]⁵³

Segundo Sarlet, as hipóteses de um conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma “análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto”, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, “buscando-se uma solução norteadora pela ponderação dos valores em pauta, almejando um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais”⁵⁴, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

Os princípios constitucionais trabalhistas em colisão serão tratados posteriormente, quando faremos uma análise legal do


53 SARMENTO. *op. cit.*, p. 180

54 *Idem Ibidem.*, p. 15

monitoramento do e-mail corporativo, com as devidas colocações diante dos casos concretos analisados à luz da jurisprudência que vem se formando no Tribunal Superior Trabalhista, momento em que abordaremos, com especificidade, quais valores deverão ser preservados.

O DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E SUA TUTELA INFRACONSTITUCIONAL

O Poder Empregatório no contrato de trabalho

 art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) nos informa o conceito de empregador como sendo “a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. A doutrina critica o conceito fornecido pela lei, todavia, ela deixa claro que ao empregador é garantido o direito de exercer o controle das atividades do empregado em prol da empresa.

Segundo Nascimento, “empregador é o ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado”¹. Segundo Simón², a subordinação jurídica é a característica mais importante no desenvolvimento do trabalho na contemporaneidade, destacando, ainda, que parte dos doutrinadores partem desse elemento para definir a figura do tomador de serviços. Trata-se de fator identificador do trabalho livre, distinguindo-se do padrão antigo e medie-

1 BRANCO. *op. cit.*, p. 110

2 A terminologia adotada no presente trabalho segue o magistério de Maurício Godinho Delgado, que, segundo ele, menos autoritária e mais consentânea com os valores sociais justralhistas. Todavia, encontra-se na doutrina e na jurisprudência o uso do termo “Poder de direção” para designar a mesma coisa (Alice Monteiro de Barros, Sandra Lia Simón, Alexandre Agra Belmonte).

val da relação de sujeição que vinculava o titular do meio de produção e o produtor ou trabalhador envolvido.

Essa subordinação, de que trataremos mais especificamente no próximo tópico, pressupõe a existência de um poder legal, conferido ao empregador, que atenda aos fins sociais da empresa, com o fim de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação de serviços pelo empregado.

Trata-se do poder empregatício³, que, segundo Delgado, encerra o “conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”⁴. Moraes Filho, citado por Barros, nos informa que “o empregador detém o poder hierárquico manifestado pelo poder diretivo, do qual o poder disciplinar é um corolário”⁵.

Montoya Melgar, citado por Ribeiro, conceitua o poder empregatício como um “conjunto de faculdades jurídicas através de cujo exercício o empresário dispõe do trabalho realizado por sua conta e a seu risco, ordenando as singulares prestações laborais e organizando o trabalho na empresa”⁶.

São três as principais correntes utilizadas para fundamentar a existência do poder empregatício: a teoria da propriedade privada, a teoria institucional e a teoria contratual⁷.

3 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 140

4 MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 1971, p. 240 Apud BARROS. op. cit. p. 569

5 MONTROYA MELGAR, Alfredo. *El poder de dirección del empresario*. Madrid: *Estudios de Trabajo y Prevision*, 1965. p. 44, apud RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito à dignidade e intimidade do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2008. p. 92.

6 *Idem Ibidem.*, p. 571-572

7 SIMÓN. op. cit., p. 106

A primeira corrente afirma que o poder do empregador reside no fato de ser a empresa objeto do seu direito de propriedade, ou seja, o mesmo comanda porque é dono. A segunda corrente fundamenta esse poder em uma concepção institucional ou comunitária, tendo a empresa um caráter mais político e social do que jurídico. Encontra-se esta corrente em franco declive. Já a terceira, mais aceita, fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho, sendo uma consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, mister pela alteridade, que implica na assunção dos riscos do empreendimento pelo empregador.

Nesse aspecto, a responsabilidade de organizar e disciplinar o trabalho na empresa, quer seja vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada, recai sob o empregador. Verifica-se, pois, que o titular do poder empregatício é o empregador ou seus prepostos, aos quais aquele delega parte desse poder, cuja intensidade varia de acordo com a natureza da relação de emprego.

Duas vertentes doutrinárias se propõem a explicar a natureza jurídica do poder empregatício⁸. A primeira o entende como um poder potestativo, ou seja, é o que habilita uma pessoa a estabelecer uma relação jurídica com outra ou a determiná-la especificamente em seu conteúdo, modificá-la ou extingui-la mediante ato unilateral, ficando a outra parte sujeita a tolerar a modificação jurídica e a invasão súbita em suas própria esfera jurídica. Segundo Simón, essa ideia prevaleceu no século XIX e teve importância até meados do século XX, todavia, hoje, “incompatível com a realidade social, pois o próprio contrato de trabalho e a lei impõem limitações ao poder de comando do empregador”⁹.

8 SIMÓN. *op. cit.*, p. 106

9 BARROS. *op. cit.*, p. 572

A segunda vertente entende o poder empregatício como um direito-função, consistente em uma imposição solidarística dos direitos e prerrogativas ao empregador com o fim de atingir os objetivos sociais do contrato e da empresa, sem pautar-se única e exclusivamente no interesse do empresário, mas também no interesse dos trabalhadores. Há tendências em fazer prevalecer a referida tese.

Trata-se de um poder, sob esse entendimento, com fins altruístas, devendo ser cumprido, segundo sua finalidade, da maneira mais útil possível pela pessoa habilitada. Nesse sentido, a prerrogativa de mando não deve se prestar a atender apenas aos interesses exclusivos do empregador, conforme doutrina Simón, mas sim da empresa, como integrante de uma sociedade capitalista de massas, “imprescindível para o funcionamento do sistema e, conseqüentemente, para que os trabalhadores possam exercer, ainda que formalmente, a liberdade inerente à relação de emprego”¹⁰

Segundo Barros, “essa função não elimina o direito, simplesmente o coloca a seu serviço, como ocorre com o direito de propriedade”¹¹, e essa visão está em consonância com princípio reconhecida-mente aplicável às relações de trabalho da função social do contrato, verificável no art. 421 do Código Civil, e aplicável subsidiariamente ao direito justralhista. Ora, a função social mitiga o princípio da autonomia contratual e como o poder empregatício emana do contrato, esse deverá ser exercido com reservas.

Para tanto, o empregador deverá exercer sua autoridade tendo em vista a boa marcha da empresa e não outro fim, tendo o referido poder, sob o prisma dessa última vertente, limites externos, impostos pela Constituição, pelas leis, regulamentos de empresa, pelo contrato, etc., e um limite interno, devendo ser exercido de forma regular e deboa-fé¹¹.

¹⁰ *Idem. Ibidem.* p. 572

¹¹ BELMONTE. *op. cit.*, p. 56-57

Embora o poder empregatício tenha por fundamento o contrato (corrente contratualista - em que o poder empregatício decorre de um plexo de direitos e obrigações decorrentes do contrato de trabalho), inegável as influências das demais correntes sob certos aspectos da relação de emprego: *publicista* (poder empregatício decorrente de delegação do poder público em favor do empresário); *legalista* (art. 2º, parágrafo único, arts. 468, 469 e 474 e outros da CLT); *privatística* (decorrência da propriedade privada dos meios de produção); *institucionalista* (empresa como instituição, ou seja, organização profissional do trabalho, no interesse social da empresa).¹²

O poder empregatício manifesta-se através de quatro prerrogativas, conferidas ao empregador para dirigir a prestação do serviço, quais sejam, o poder de organização, de regulamentação, disciplinar e o poder de controle¹³. Muito embora não haja um posicionamento unânime, quanto à manifestação do poder empregatício, a doutrina é incontroversa em identificar as manifestações que apresentamos.

O poder de organização, segundo Belmonte, confere ao empregador o “poder de definir os fins visados pela atividade escolhida, determinar a estrutura jurídica a ser adotada, e instruir os cargos, distribuir as tarefas e traçar as diretrizes, métodos e metas”¹⁴ a serem alcançadas diante dos fins escolhidos pela empresa. Para Barros, esse poder “traduz-se pelas decisões executivas e se manifestam por meio de atos meramente constitutivos, ou seja, dizem respeito à organização do trabalho”¹⁵.

O poder regulamentar é o direito patronal de fixação das normas técnicas e disciplinares das condições gerais de trabalho, manifestando-se pelas ordens ou recomendações (regulamento da empresa, circulares, instruções, ordens de serviço, etc.) ao empregado.

12 BELMONTE. *op. cit.*, p. 55-56

13 Idem. *Ibidem.*, p. 56

14 BARROS. *op. cit.*, p. 574

15 BELMONTE. *op. cit.*, p. 56

O poder disciplinar ou hierárquico é o direito patronal de impor sanções disciplinares, destinadas à recondução do empregado ao cumprimento das obrigações contratuais segundo as diretrizes, métodos, metas e fins estabelecidos no contrato¹⁶. Segundo Mesquita¹⁷, esse poder é uma faculdade em virtude da qual o empregador exerce um “direito-função” sobre a atividade humana profissional do empregado, segundo o interesse social da empresa. Barros¹⁸ faz uma crítica ao uso do chamado “Poder Hierárquico”, defendendo que este termo não guarda tradição no direito brasileiro, por constituir “ressaibo do corporativismo”, admitindo conquanto um poder definido pela “capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa”.

Quanto ao poder disciplinar ou hierárquico, Barros¹⁹ nos informa, ainda, que há quem entenda²¹ que este não poderia ser conferido ao empregador, por constituir o poder punitivo em uma prerrogativa do Estado e não das sociedades particulares, todavia, segundo ela, a doutrina espanhola vem considerando o poder de “autotutela privada” aplicável às relações trabalhistas, desde que reconhecidamente previstos em uma fonte heterônoma e limitado pelo Estado, atribuindo-se, para tanto, o direito ao empregado de impugnar os atos ilegítimos do empregador no exercício do poder disciplinar.

Segundo o magistério de Barros²⁰, a autoridade do empregador exterioriza-se mediante o poder empregatício e torna-se efetiva pelo poder disciplinar.

16 MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva. 1982, p. 48 *apud* BARROS. *op. cit.*, p. 569.

17 BARROS. *op. cit.*, p. 569-570

18 *Idem. Ibidem.*, p. 596

19 LAMARCA, Antônio. *Manual das Justas Causas*. p. 142, 148, 150 e 151, *apud* BARROS. *op. cit.* p. 594/595.

20 BARROS. *op. cit.*, p. 570

Já o poder de controle, do qual cuidaremos mais especificamente no presente estudo, seria, na lição de Barros²¹, a função decorrente do poder empregatício que confere ao empregador a faculdade de fiscalizar as atividades laborativas de seus empregados. Belmonte conceitua-o como sendo o “direito de fiscalização patronal quanto à execução das tarefas, conforme as diretrizes, métodos, metas e fins estabelecidos no contrato”²².

Simón²³ nos informa que dentre as manifestações do poder empregatício o poder de controle é o que mais possibilidade tem de entrar em colisão com os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade do empregador, exatamente porque ele é utilizado para fiscalizar as atividades do trabalhador, a fim de verificar se suas ordens estão sendo devidamente respeitadas e cumpridas.

A doutrina nos apresenta uma infinidade de procedimentos utilizados para o controle do empregado, como as revistas pessoais, as revistas em objetos do empregado, veículos ou em espaços a ele reservados, o controle de objetos, fotos, enfeites utilizados pelo empregado em sua mesa de trabalho, os serviços de polícia privada, as limitações de idas ao banheiro ou para chamadas telefônicas, a imposição de testes médicos e tratamentos, a exigência de testes de gravidez e, especificamente, o monitoramento da correspondência eletrônica no ambiente de trabalho, do qual cuidamos neste trabalho.

Conforme nos aponta Belmonte²⁴, contra o abuso do poder fiscalizatório – utilização anti-social do direito patronal –, cabe ao empregado, a depender do caso, o direito de resistência (art. 483, “a” e “b”, CLT), o recurso à via judicial (art. 659, IX, CLT), a indenização por

21 *Idem. Ibidem.*, p. 574

22 BELMONTE. *op. cit.*, p. 56

23 SIMÓN. *op. cit.*, p. 120

24 SIMÓN. *op. cit.*, p. 118

danos materiais e/ou morais e a denúncia do contrato, fundamentado em culpa (*ex vi* do art. 483, “d” da CLT).

Quando o empregador procede ao monitoramento do e-mail (corporativo) do empregado, está a exercer o poder de controle ou de fiscalização de sua empresa. A doutrina aponta como justificativa, além do controle da produção do empregado, mediante a observação do que se envia ou se recebe por ele em decorrência do serviço, a proteção de um dos ativos mais importantes da empresa, qual seja, a informação.

O avanço tecnológico, além de facilitar a produção e agilizar o serviço empresarial, possibilitou e conferiu ao empregador um poder muito mais amplo e indiscriminado de controle sobre seu ativo empresarial, mediante o uso da internet e de ferramentas decorrentes dessa nova tecnologia digital, como é o exemplo o correio eletrônico. Diante desse avanço, a relação de trabalho foi modificada profundamente em sua concepção, todavia certos valores deverão ser preservados, sem os quais não se avança ou se faz a justiça material tão almejada para equilibrar as relações trabalhistas que já nascem por si só desiguais.

O primeiro limite ao exercício desse direito-função reside no princípio da dignidade da pessoa humana, já trabalhado no primeiro capítulo. O segundo limite estaria fundamentado no próprio direito de propriedade, não mais concebido como direito absoluto, cedendo, por isso, à função social da propriedade, previsto no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, já devidamente trabalhado no primeiro capítulo, em consonância, ademais, com a natureza jurídica de “direito-função” do poder empregatício.

Como vimos, ainda, ao servir como fundamento do poder de controle do empregador, sua propriedade, genericamente garantida

no art. 5º, XXII, CF/88, deve amoldar-se aos princípios da atividade econômica traçados na Carta Política de 1988, em seu art. 170²⁵.

Subordinação Jurídica do Empregado no Contrato de Trabalho

A subordinação jurídica, enquanto contraponto do poder empregatício, compreende, segundo Godinho²⁶, “a situação jurídica derivada do contrato de trabalho” mediante o qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador no modo de realização da prestação laborativa. Desse modo, como nos ensina Simón, seria a subordinação do empregado o “pólo reflexo e combinado”, na relação de emprego, do poder empregatício.

Como dito anteriormente, quando tratamos do poder empregatício, a subordinação jurídica é o elemento necessário para a configuração da relação de emprego, uma vez que é ela o identificador do trabalho livre na contemporaneidade, traço distintivo do estado de sujeição que vigorou no século passado.

A subordinação empregatícia, portanto, não quer significar sujeição ou submissão ao poder de mando do empregador, uma vez que a subordinação é jurídica, todavia, não se confundindo com a subordinação econômica ou técnica, que não são marcas características da relação de emprego²⁷. O empregado despe-se de sua liberdade para sujeitar-se à direção e fiscalização do empregador, todavia, essa sujeição não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direitos à intimidade constitui uma espécie.

25 DELGADO. *op. cit.*, p. 104-105

26 SIMÓN. *op. cit.*, p. 108.

27 MARTÍN AGUADO, Angel. *Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada Del trabajador, limites e constitucionales al poder de dirección empresarial. Autoridad y democracia en la empresa. Serie 1º de mayo, Madrid: Trotta, 1992. p. 54, apud RIBEIRO. op. cit.*, p. 94

O empregado sofre limitações de ordem jurídica ao ser submetido às ordens e controle do empregador, entretanto é inadmissível que a ação deste se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana do trabalhador, devendo seus direitos serem respeitados sob pena de vermos a degeneração da subordinação em um estado de sujeição do empregado, estado esse incompatível com o atual Estado democrático de direito e dos valores humanísticos e solidários abrigados na Constituição Federal.

Esse poder de controle exercido pelo empregador deve limitar-se estritamente aos aspectos relacionados com a atividade produtiva, conforme pondera *Martín Aguado*, uma vez que qualquer intromissão fora desse limites suporia uma “vulneração” de direitos fundamentais do trabalhador³⁰.

Do exercício do poder diretivo do empregador, portanto, surge para o empregado o dever de obediência a ordens ou recomendações lícitas, o dever de diligência ou zelo na execução das tarefas, assim como o dever de fidelidade àquele que o emprega, para a consecução dos objetivos da empresa.

O chamado dever de obediência às instruções do empregador é uma característica manifesta da subordinação jurídica do empregado, conforme nos ensina *Barros*²⁸. Evidentemente que essas ordens devem ser lícitas (não contrárias à saúde, à vida ou à dignidade do trabalhador) e emanadas de quem detém legitimidade para tanto, caso contrário a recusa torna-se legítima.

Ainda no que respeita o dever de obediência, necessário destacarmos que as ordens alheias, ou que não correspondam ao contrato de trabalho, portanto, sem qualquer reflexo sobre este, estão fora do âmbito do poder empregatício. A violação ao dever de

28 BARROS. *op. cit.*, p. 599

obediência, enquanto ato de indisciplina e de insubordinação, poderá ensejar a resolução contratual (art. 482, “h”, CLT).

Além do dever de obediência, manifestado pela observância das normas e ordens empresariais estabelecidas mediante o contrato ou qualquer outra norma heterônoma, é preciso que o empregado execute suas atividades com zelo, atentando para as normas estabelecidas com vistas ao bom cumprimento do serviço. Segundo Barros²⁹, essa diligência pode ser aferida tanto de maneira objetiva, quando se toma como parâmetro o comportamento do trabalhador médio, ou de forma subjetiva, considerada em função do comportamento pessoal do empregado.

A violação do dever de diligência traduz a desídia e, portanto, implica sanções disciplinares que podem chegar à penalidade máxima, traduzida pela dispensa por justa causa (art. 482 da CLT), acrescida do ônus de responder o empregado pelo dano causado à empresa, na hipótese de ter sido ajustada essa possibilidade (art. 462, §1º, da CLT)³⁰. Essa falta pressupõe culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Há quem atribua ao empregador a responsabilidade pela culpa *in vigilando*, ao fundamento de que, mesmo após a prova durante o curso do contrato, deverá ele manter constante fiscalização sobre o empregado.

O contrato de trabalho não gera só direitos e obrigações patrimoniais, mas também de caráter pessoal. O dever de fidelidade é um desses, inserido na ética do trabalho enquanto corolário da boa-fé objetiva. O dever de fidelidade é a conduta humana honrada, que pressupõe o agir com retidão, em virtude não só do interesse

29 BARROS. *op. cit.*, p. 602

30 Idem. *Ibidem*, p. 603.

do empregado como também da harmonia que deverá existir na organização de trabalho que ele integra³¹.

Quando o empregado começa a utilizar-se de seu e-mail corporativo para o envio de mensagens atentatórias à moral, de conteúdo criminoso, ou que viole segredos da empresa para o qual trabalha, incorre flagrantemente na violação desse deveres jurídicos de obediência, de diligência e de fidelidade, tão importantes para a consecução dos objetivos do contrato.

O Princípio da Boa-fé objetiva no contrato de trabalho

O novo paradigma obrigacional decorrente da evolução da Teoria contratual, pautada numa visão social do contrato sob uma perspectiva civil-constitucional, fez surgir a boa-fé objetiva nos contratos, fenômeno esse decorrente dos novos contornos constitucionais que permeiam as relações privadas, que passam a ter como valor principal a tutela da pessoa humana.

A boa-fé objetiva é um princípio que orienta e informa o ordenamento jurídico, impondo aos sujeitos da relação contratual condutas éticas, condizentes com valores morais do homem médio, tais como a honestidade, a integridade, a retidão de caráter, entre outros, de forma a preservar a outra parte envolvida no negócio jurídico contratual.

Como novo vetor obrigacional, a boa-fé objetiva mitiga os princípios outrora atribuídos à Teoria Contratual, inaugurando uma nova fase nas relações obrigacionais: o contrato como função social, daí a importância do estudo do novo paradigma obrigacional, que encontra amparo na doutrina e na jurisprudência³².

Para Marques, a observância ao princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais significa um agir pensando no outro, no parceiro

³¹ *Idem. Ibidem*, p. 604

³² RELAÇÃO DE EMPREGO – BOA FÉ OBJETIVA – A boa fé de vê imperar em todos

contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes³³. Segundo a mesma autora,

Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito natural: o princípio geral da boa-fé. Este princípio ou “novo mandamento” (*Gebot*) obrigatório a todas relações contratuais na sociedade moderna, e não só nas relações de consumo, será aqui denominado de princípio da boa-fé objetiva para destacar a sua nova interpretação e função [...]³⁴

Dessa forma, tanto o a conduta do empregador quanto a do empregado deve pautar-se na lealdade, na retidão e no respeito aos direitos e garantias fundamentais. Trata-se, portanto, de um princípio que, de um lado, limita o exercício do poder empregatício, e de outro, orienta a conduta do empregado no exercício de suas atribuições no trabalho.

Ora, aquele empregado que se utiliza inapropriadamente de uma ferramenta disponibilizada pelo empregador para o exercício de suas atividades, como o *e-mail*, está ferindo a boa-fé exigida ao trabalhador-médio, assim como aquele empregador que exerce o monitoramento do e-mail do empregado sem avisá-lo, ou sem

os contratos, inclusive nos decorrentes da relação de emprego. O seu exame, é certo, pode ser relevado ou mitigado, considerada a condição social do trabalhador que, via de regra, situa-se sob o poderio econômico do empregador [...] (TRT/MG RO 4768 – AC 1ª Turma. Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães. DJMG 02 ago. 1996).
33 *Idem. Ibidem.* p. 180

34 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. I, p. 107.

qualquer parâmetro objetivamente estabelecido, estará, da mesma forma, ferindo esse princípio ético-jurídico da boa fé objetiva.

A boa-fé objetiva representa, portanto, segundo Sampaio, uma verdadeira “ponte entre os mundos ético e jurídico, ou, mais tecnicamente, um princípio ético-jurídico. Pelo princípio da boa-fé objetiva, são jurisdicizados alguns deveres morais.”³⁵

Consiste a boa-fé objetiva em verdadeiro padrão de conduta pautada em comportamentos éticos e morais, aceitos como valores pela sociedade e que devem existir antes, durante e após o término da relação obrigacional.

A boa-fé objetiva possui tripla função que já vem sendo delineada pela doutrina até mesmo antes da consagração do princípio no novo Código Civil.

Venosa, à luz das regras positivadas no Novo Código Civil, aponta três nítidas funções, quais sejam: função interpretativa (art. 113), a função de controle dos limites no exercício de um direito (art. 187) e a função de integração do negócio jurídico (art. 421)³⁶. Neste sentido, também, leciona Marques, para a qual,

Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e 3) na concreção e interpretação dos contratos [...]³⁷

35 SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004, p. 28.

36 MARQUES. *op. cit.*, p. 180.

37 BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 237

Importa-nos destacar, para elucidação de nosso trabalho, os deveres anexos do contrato, conforme apontado pela doutrinadora acima, quais sejam: o dever de informação, de cooperação e o dever de cuidado. Baracat³⁸ acrescenta, ainda, o dever de sigilo, todavia, grande parte da doutrina menciona apenas os três primeiros.

O dever anexo da informação aponta como um dos limites à atuação do poder empregatício, no momento em que o empregador exerce o controle das correspondências eletrônicas do empregado sem avisá-lo ou sem qualquer critério objetivo para tanto.

Este dever fixa a ideia de que as informações devem ser claras, não devem permitir falsas ou dúbias interpretações uma vez que vinculam os contratantes e, já na fase de cumprimento, vão garantir a boa execução do contrato integrando a relação contratual futura³⁹.

Assim, as cláusulas devem ser permeadas com precisão de modo a não permitir que os contratantes tenham dúvidas acerca do conteúdo do contrato, ou seja, dos direitos e obrigações que os vinculam, conforme aponta Marques:

Por sua vez, os deveres de esclarecimento espelham a ideia de que as partes devem informar-se mutuamente sobre todos os aspectos e todas as ocorrências relevantes que envolvam a relação contratual. Obrigação de tornar clara uma circunstância desconhecida pelo *alter* [...]⁴⁰

Todavia, não é só na fase pré-contratual que esse dever torna-se necessário, uma vez que durante a execução do contrato esse dever possui o mesmo sentido, qual seja, o de agir com transparência e lealdade. Justifica-se, por esse dever, a importância do empregador informar ao contratado a política de privacidade da empresa com os

38 MARQUES, *op. cit.*, p. 188.

39 SAMPAIO, *op. cit.*, p. 59.

40 MARQUES. *op. cit.*, p. 195

meios, a forma e o momento em que a correspondência eletrônica do empregado será monitorada. Trata-se da concretização da boa-fé objetiva, que se manifesta pela lealdade em tornar clara a intenção da empresa em resguardar não só ele, empregador, mas o próprio empregado, diante da vulnerabilidade do uso dessa ferramenta eletrônica, bem como tornar mais eficaz o instrumento contratual, valorando a confiança que deve prevalecer entre os sujeitos da relação.

O dever de cooperação, na lição de Marques, significa “colaborar durante a execução do contrato”⁴¹, agir com “lealdade e não obstruir ou impedir”. Surge desse dever a noção de que o empregado deve colaborar no crescimento da empresa, o que implica uma ação positiva em prol do crescimento daquele ente que o contrata, de forma a não inviabilizar ou dificultar a atuação deste. O empregador cumpre esse dever quando deixa de monitorar o e-mail de seu funcionário sem qualquer motivo, evitando uma frustração à intimidade e à privacidade daquele que exerce atividade em prol da empresa.

Já o dever de cuidado, ou de proteção, pressupõe a existência de uma obrigação implícita que possuem os contratantes de evitar danos que possam afetar a integridade patrimonial ou moral dos parceiros obrigacionais⁴⁵. Nesse particular, Marques ensina que esse dever tem por fim “preservar o co-contratante de danos à sua integridade: 1) a sua integridade pessoal (moral ou física) e 2) à integridade de seu patrimônio”.

Desse modo, esse dever, que também deriva do princípio da boa-fé objetiva, vai exigir dos contratantes uma atuação mais diligente e preocupada, a fim de evitar a ocorrência de danos à integridade física, moral e patrimonial destes, exigência esta que vai prevalecer tanto na execução do contrato quanto no exercício dos direitos fixados na relação contratual.

41 BARACAT. *op. cit.*, p. 225

Assim, o princípio da boa-fé objetiva pode ser tido como verdadeira fonte criadora de deveres anexos vinculando os contraentes a obrigações laterais que diferem da obrigação principal, mas que também são responsáveis pela melhor efetivação do contrato. Logo, empregador e empregado devem adimplir tanto o dever principal quanto os deveres anexos de modo a garantir as expectativas do parceiro contratual.

Verificamos, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva é aplicável às relações trabalhistas, mormente pela natureza da relação existente entre empregado e empregador, caracterizado pela vulnerabilidade de um em face do outro.

A boa-fé objetiva, além de nortear a interpretação do contrato de trabalho e atuar como fonte criadora de deveres anexos, também funciona como limite ao exercício dos direitos subjetivos das partes envolvidas caso a ação de qualquer das partes represente violação aos deveres de lealdade, honestidade e confiança, fixados pela boa-fé, servindo como parâmetro objetivo de controle da atuação do empregado.

O MONITORAMENTO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA CORPORATIVA DO EMPREGADO NO AMBIENTE LABORAL: OS LIMITES DO PODER EMPREGATÍCIO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO

A dinâmica social e a inserção de novas tecnologias no ambiente de trabalho: A preocupação com a chamada “Química da Intrusão”, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Até o presente momento, apresentamos a base formadora dos limites à atuação do empregador no controle de sua propriedade em face da privacidade do empregado, bem como os deveres conferidos às partes na consecução do contrato. Todavia, antes de adentrarmos nos aspectos legais do monitoramento do *e-mail*, passaremos a analisar o contexto atual do ambiente de trabalho, tendo em vista a inserção das novas tecnologias, a fim de sustentarmos a prevalência dos direitos fundamentais mesmo diante de uma realidade social modificada como a nossa.

A globalização trouxe inegável avanço para as sociedades modernas, modificando sensivelmente a forma de viver das pessoas. Na verdade, esse avanço trouxe também um desemprego estrutural causado pela revolução tecnológica da era pós-industrial. Ao contrário da revolução industrial, não se trata de produzir mais e melhor

determinados bens, mas sim de melhor produzir, distribuir e utilizar a informação e o conhecimento⁴².

Baseadas nas tecnologias da informação e comunicação, essa revolução está a criar uma sociedade radicalmente diferente das anteriores, a que muitos chamam “sociedade da informação”. As suas consequências começam, hoje, a tornarem-se visíveis em todos os domínios da vida social, mormente nas relações de trabalho.

Segundo Pinheiro⁴³, o surgimento da Internet foi um dos grandes fatores responsáveis por essa nova roupagem social, mas o que é fundamental, antes de tudo, é entender que os avanços ocorridos não são fruto de uma “realidade fria, exclusivamente tecnológica, dissociada do mundo cotidiano”. É importante compreender que vivemos um momento único, tanto sob o ponto de vista tecnológico quanto econômico e social, e o profissional do Direito tem a obrigação de estar em sintonia com as transformações que ocorrem na sociedade, atentando sempre para a preservação dos direitos fundamentais do trabalhador.

O surgimento de novas tecnologias como o *fac-símile*, *scanner*, *notebook*, *palmtops*, câmera digital, *paggers*, telefone via satélite, dentre outros, além do *e-mail*, propiciado pela Internet, influenciaram sobremaneira o ambiente de trabalho, modificando as noções de tempo e espaço tradicionais, permitindo a prestação do trabalho à distância e muitas vezes em tempo real.

Ocorre que nesse novo ambiente informatizado o trabalhador está cada vez mais ligado à máquina, conectando-se ao mundo por meio da rede mundial de computadores (Internet), mediante o uso de ferramentas tecnológicas como o *eletronic mail (e-mail)*, o *skype*, a telefonia *Voip*, o *MSN*, etc.

42 BELMONTE. *op. cit.*, p. 18

43 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1.

Acontece que o desenvolvimento e o uso da informática no ambiente de trabalho, além de permitir maior agilidade, diminuição de custos, maior capacidade de armazenamento e outras praticidades, geraram uma explosão de informações, que reforçaram o controle do empregador sobre seus empregados.

Segundo Barros⁴⁴, essas novas tecnologias facilitaram a obtenção de dados pessoais e profissionais, num contexto de concorrência acirrada no mercado nacional e internacional. No mesmo sentido, Ribeiro⁴ nos informa que “a introdução de certos meios tecnológicos no ambiente laboral também fez crescer a potestade fiscalizadora e controladora do empregador”, repercutindo na vida privada do empregado a ponto de causar-lhe sérios danos psicológicos, bem como alguns transtornos fisiológicos, por sentir-se continuamente monitorado durante a prestação laboral.

Esse excessivo rigor no controle das atividades laborais pelo empregador, mediante o uso de tecnologias de monitoramento eletrônico, a fim de aferir a produção e os passos do empregado no ambiente de trabalho, fez com que os operadores do Direito passassem a preocupar-se mais diante do crescente e abusivo poder empregatício, que já não é mais concebido como um direito absoluto, encontrando limites nos direitos fundamentais, na boa-fé objetiva e na própria lei, tudo em defesa da dignidade da pessoa humana.

A Organização Internacional do Trabalho denominou essa prática de “Química da intrusão”. O controle, por exemplo, do empregado, mediante o uso de câmeras escondidas, inclusive no banheiro, fez surgir esse questionamento: Quais os limites ao exercício do poder empregatício? A jurisprudência brasileira, inclusive, já se manifestou acerca dessa atual “química de intrusão”, decorrente do excessivo uso

44 BARROS. *op. cit.*, p. 589

de aparatos eletrônicos no controle das atividades laborativas, conforme podemos verificar da ementa abaixo:

EMENTA: PODER DE DIREÇÃO. USO DE APARELHOS AUDIOVISUAIS EM SANITÁRIOS. INVASÃO DA INTIMIDADE DO EMPREGADO. A legislação brasileira permite que o poder de fiscalização conferido ao empregador, em determinadas circunstâncias, se verifique, por meio de aparelhos audiovisuais, como decorrência do avanço tecnológico, desde que o empregado deles tenha ciência. Inadmissível é entender que o conjunto de locais do estabelecimento esteja sob total controle do empregador e autorizar a introdução desses aparelhos, indistintamente, como no banheiro, lugar que é privado por natureza. A utilização de câmera de vídeo nos sanitários gera compensação por dano moral, em face da flagrante violação ao direito à intimidade do empregado, assegurado por preceito constitucional (art. 5º, X) e conceituado como a faculdade concedida às pessoas de se verem protegidas “contra o sentido dos outros, principalmente dos olhos e dos ouvidos”. *A vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que usada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização. Instalação de aparelho audiovisual no banheiro caracteriza o que a OIT denomina “química da intrusão”, comportamento repudiado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional.* (TRT 3ª Região. Recurso Ordinário 00117-2004-044-03-00-3. 2ª T. Relatora: Juíza Alice Monteiro de Barros. DJMG 25 Ago. 2004, (grifos nosso).

Não se trata, aqui, de questionarmos o uso da tecnologia no ambiente de trabalho, como pode parecer aos mais desatentos. Defendemos, sim, o uso dessa tecnologia em prol da empresa, com o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, reduto intangível e imprescindível ao exercício das atividades laborativas. Daí ser admissível, dentro dos limites legais, a utilização de aparelhos audiovisuais, não só quando autorizados por lei, mas também quando própria atividade organizadora e produtiva empresarial o exigir, por

segurança do trabalho, além de proteger a própria segurança dos trabalhadores⁴⁵.

O desenvolvimento das novas tecnologias na empresa tem gerado uma série de conflitos, porquanto o ordenamento jurídico não tem uma normatização adequada, justa e sistemática⁴⁶ para apreciar as questões que surgem em face da utilização desses instrumentos modernos e indispensáveis ao desenvolvimento de qualquer empreendimento, conquanto já tenham tramitado projetos de lei no Congresso sobre o monitoramento da correspondência eletrônica corporativa⁴⁶.

Após essa breve abordagem sobre o contexto laboral atual e o uso das tecnologias para monitorar os empregados nesse ambiente, passaremos a discorrer sobre o uso do *e-mail* na empresa.

Os aspectos legais do monitoramento do *e-mail* no ambiente de trabalho

O chamado correio eletrônico é forma de transmissão de mensagens à distância, por meio de uma rede de comunicações acessada por computador. É um meio de comunicação muito utilizada pelas empresas em razão do baixo custo, da rapidez e economia de papel. As mensagens são enviadas para um endereço virtual e depositadas em “caixa” eletrônica ou *e-mail*, ficando esta em um servidor de mensagens, que pode ser de propriedade da empresa ou de provedores de domínio aberto a todos.

O *eletronic mail*, ou mais conhecido como *e-mail*, teve sua origem na Universidade de *Cambridge*, na cidade de *Massachussets*, nos Estados Unidos, devido a experimentos realizados por *Roy Tomlison*,

45 RIBEIRO. *op. cit.*, p. 51

46 Idem. *Ibidem. op. cit.*, p. 52

em 1971, porém sem muita repercussão à época. Para diferenciar nome de usuário do remetente e do destinatário, o referido estudante serviu-se de um signo com pouco uso e que não se confundia com outras instruções: o arroba - @, que em inglês tem o significado de “at” (em tal lugar) e enviou uma mensagem do computador que estava operando para outro, situado em quarto contíguo da referida Universidade⁴⁷.

Os números, símbolos ou letras à esquerda do símbolo significam a identificação do usuário (*username*) no computador que ele possui acesso, enquanto o que está à direita, separado pelo @, é denominado de domínio (identificador do computador a que o usuário tem acesso), sendo este último quem identifica o provedor de acesso, se de uso pessoal ou corporativo, conforme veremos.

O uso do correio eletrônico só foi possível tendo em vista o desenvolvimento da *Internet*⁴⁸. A origem da Internet remonta a guerra fria, nos idos dos anos 60, nos Estados Unidos, e foi pensada, originalmente, para fins militares⁴⁹. Mas foi na década de 90 que essa ferramenta passou por um processo de expansão sem precedentes. Seu rápido crescimento deve-se a vários de seus recursos e facilidades de acesso e transmissão, que vão desde o correio eletrônico (*e-mail*)

47 O PL. n. 5.732/2005, de autoria do Dep. Ivo José (PT-MG), tinha por fim disciplinar o serviço de correio eletrônico corporativo fornecido por entidades privadas, públicas ou pessoas físicas empregadoras a seus empregados ou servidores para uso exclusivo no trabalho; o PL. n. 3.893/2008, de autoria do Dep. Carlos Bezerra (PMDB-MT), propunha alteração na Lei n. 6.538/78 (Lei dos Serviços Postais, para dispor sobre os serviços de correspondência internas das organizações privadas, excluindo o correio eletrônico corporativo da proteção legal da inviolabilidade das correspondências, acrescentando, para tanto, o §2º ao art. 5º da referida norma.

48 BELMONTE. *op. cit.*, p. 63

49 Internet é uma rede de computadores espalhados por todo o planeta, que troca dados e mensagem utilizando um protocolo comum (*Internet Protocol*), unindo usuários particulares, entidades de pesquisa, órgãos culturais, empresas públicas, bibliotecas, entre outras entidades públicas e privadas.

até o acesso a banco de dados e informações disponíveis na *World Wide Web* (WWW), seu espaço multimídia.⁵⁰

Segundo Pinheiro, a criação do telefone, primeira ferramenta de comunicação simultânea a revolucionar os comportamentos sociais, formou o início e a Internet a outra ponta deste movimento evolutivo, possibilitando o surgimento da denominada “Sociedade Convergente”. A Internet veio possibilitar não apenas o encurtamento das distâncias com maior eficiência de custos, mas, sobretudo, a multicomunicação, ou seja, transmissão de texto, voz e imagem⁵¹.

É preciso, antes de tudo, que façamos uma análise da discussão doutrinária que se apresenta quanto à violação dos bens jurídicos tutelados no art. 5º, X e XII da Constituição Federal, onde não há um consenso, principalmente no que tange à inviolabilidade da correspondência. Essa discussão surge diante do questionamento de qual seria a natureza jurídica do e-mail.

Para Pereira⁵², o preceito constitucional que preserva o sigilo de correspondência não se aplica à utilização pelo empregado do correio eletrônico posto à sua disposição pelo empregador para execução de suas tarefas, justificando, para tanto, que as características específicas que envolvem a mensagem eletrônica corporativa não encontram respaldo para enquadramento do preceito constitucional garantidor da inviolabilidade da correspondência (art. 5º, XII), da intimidade e da vida privada, eis que, para a autora, “as mensagens enviadas pelo correio eletrônico e o banco de dados não estão protegidos pelo mesmo sigilo destinado às cartas fechadas”. Segundo Ribeiro,

O direito fundamental que protege o correio eletrônico não é o da intimidade, mas sim, o direito ao segredo das comunicações.

50 PINHEIRO. *op. cit.*, p. 16

51 Idem. *Ibidem.*, p. 16

52 PINHEIRO. *op. cit.*, p. 17

É o direito de não ter suas comunicações violadas. O direito de comunicação é um direito de todos, seja no âmbito do trabalho ou não. É o direito que a pessoa tem de não ter suas correspondências violadas. São os papéis, cartas, correio eletrônico ou qualquer outro meio de comunicação [...]⁵³

Para Paiva, não há dúvidas de que o correio eletrônico detém a mesma natureza da correspondência epistolar, de maneira que recebe igual proteção constitucional, todavia, com ponderações, diante de sua característica *sui generis*. Sem nos prolongarmos, valemo-nos do entendimento de Belmonte, para o qual,

Mesmo não circulando via correio, o *e-mail* está entre os objetos descritos no art. 7º, §1º, da Lei nº 6.538/78, que relaciona o que é passível de ser chamado de “objetos de correspondência”: carta, cartão postal, impresso, cecograma e a pequena encomenda. Assim, quer com a natureza carta (art. 47, “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário”), quer com a natureza de cartão postal, pode a mensagem eletrônica ser entendida como objeto de correspondência, passível de proteção direta pelo sigilo das comunicações e, indiretamente, pelo direito à intimidade [...]⁵⁴

Conforme dito, a Internet possibilitou a troca de mensagens eletrônicas. O *e-mail* é o recurso mais utilizado na rede e tornou-se, nos últimos anos, uma ferramenta indispensável⁵⁵, classificando-se, conforme a doutrina, em *e-mail* de uso pessoal e corporativo (profissional ou institucional).

53 PEREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Correio eletrônico corporativo aspectos jurídicos, in: Revista de Direito do Trabalho n. 110, abril/junho 2003, p

54 RIBEIRO. *op. cit.*, p. 80

55 BELMONTE. *op. cit.*, p. 66

No *e-mail* de uso pessoal, a conta é estabelecida entre a pessoa física e o provedor de acesso público (v.g., *Hotmail*, *Yahoo*, *Google*, *Ibest*, entre outros), cabendo àquele determinar seu *username* e senha para o uso da conta, porquanto, a comunicação se realiza por meio de conta privada do usuário – que detém sua titularidade e suporta com os seus custos da prestação de serviço de provimento de acesso e conexão. Nesse tipo de *e-mail* a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em defender a inviolabilidade de seu uso no ambiente de trabalho. Nesse sentido, Belmonte destaca que “o *e-mail* particular é o meio de comunicação de natureza estritamente pessoal e, portanto, inviolável”¹⁷, só podendo ser monitorado mediante prévia autorização judicial, recebendo, nesse diapasão, ampla proteção constitucional da inviolabilidade da correspondência, por integrar ambiente privado e íntimo da empregado.

Já o *e-mail* corporativo, entendido como de propriedade da empresa, seria aquele em que a correspondência eletrônica, dirigida ao empregado, trafega por meio da rede privada da empresa, suportando o empregador, na qualidade de proprietário dos equipamentos e titular da caixa postal, com os custos do registro e outros relativos à prestação de serviços de provimento de acesso e conexão à Internet. Conforme nos aponta Oliveira, o correio eletrônico corporativo traduz-se em um serviço de correio interno e privativo da empresa, voltado exclusivamente para o exercício de sua atividade comercial⁵⁶.

Depois de estabelecido o vínculo empregatício, a empresa concede o endereço eletrônico empresarial, colocando gratuitamente à disposição dos funcionários uma ferramenta de trabalho – tecnológica –, estritamente em razão do contrato trabalhista firmado, e, segundo

56 OLIVEIRA, Euler Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de *e-mail* do empregado pelo empregador. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, n. 10. jan./fev. 2006. p. 43

Oliveira e grande parte da doutrina, com a finalidade “precípua”⁵⁷ de desenvolver as atividades inerentes ao cumprimento de suas tarefas funcionais.

A doutrina destaca que o monitoramento do e-mail dar-se-á tanto do ponto de vista formal quanto material. O controle formal decorre da simples análise das mensagens enviadas e recebidas, sem que se perquiria o conteúdo destas, como ocorre com o controle material. Belmonte⁵⁸ destaca, nesse ponto, que o e-mail particular utilizado pelo empregado, mediante os recursos disponibilizados pelo empregador, é passivo de controle formal das mensagens dirigidas ao empregado.

Feitas as distinções entre o e-mail pessoal e o corporativo, delimitamos o nosso campo de estudo, uma vez que o objetivo do presente trabalho é encontrar os limites do poder empregatício no monitoramento da correspondência eletrônica corporativa, uma vez que a doutrina e a jurisprudência repudiam tal prática quando o que se viola é o e-mail pessoal do empregado.

Quando analisamos que o e-mail corporativo é uma ferramenta de trabalho disponibilizada pelo empregador ao empregado, poderíamos afirmar que este correio eletrônico só deverá ser utilizado com a finalidade precípua de desenvolver as atividades inerentes ao cumprimento de suas tarefas funcionais? Entendemos que não. Senão vejamos.

Ora, quando analisamos, no primeiro capítulo, o princípio da função social da propriedade, verificamos que ele é um dos limites à atuação do empregador no controle de sua propriedade, direito esse que não deve ser exercido de maneira absoluta em face da parte hipossuficiente, tendo em vista, ademais, os fundamentos finalísticos

57 OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 45

58 BELMONTE. *op. cit.*, 78

estabelecidos pela Carta Magna de 1988. Por isso, e apoiado na teleologia do sistema jurídico vigente, entendemos que se deva atribuir a esta ferramenta o chamado “uso social do e-mail”⁵⁹, uma vez que é no local de trabalho que o empregado desenvolve suas potencialidades como ser humano, ou seja, enquanto cidadão, é onde passa a maior parte do seu tempo, justificando-se, nesse ponto, que o empregador possibilite, dentro dos limites da razoabilidade e da boa-fé exigida aos contratantes da relação de emprego, o uso do e-mail corporativo para fins pessoais.

Sobre o uso social do *e-mail* corporativo, Paiva nos ensina que “o trabalhador deve ter direito a uma comunicação externa durante o horário de trabalho, incluído dentro da empresa”. O empregador precisa aceitar esse uso. “Logicamente, dentro do ambiente de trabalho também pode haver o uso pessoal, não abusivo e justificado, dos meios e comunicação da empresa”⁶⁰. O referido autor fundamenta, ainda, que

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 de seu domicílio – o que se conhece como teletrabalho – é lógico também que o empresário permita uma determinada permeabilidade, não abusiva, e o uso pessoal dos meios de comunicação [...] É muito difícil que um empresário moderno, que se preocupe com os aspectos concernentes a qualidade na relação de trabalho, a participação dos trabalhadores e a identificação com os objetivos da empresa, seja um empresário que direcione, de maneira absoluta, seus próprios meios de comunicação para um determinado uso de caráter

59 *Idem. Ibidem.*, p. 45

60 PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do Correio Eletrônico no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=33486>>. Acesso em: 20 out. 2009.

trabalhista, seria muito difícil, e cremos que seria uma opção retrógrada⁶¹

É nesse ponto que a grande maioria da doutrina diverge. Belmonte⁶² destaca, contrariamente ao entendimento esposado, que o correio eletrônico, ainda que individualizado em nome do empregado e acessado por senha, deve destinar-se ao uso estritamente profissional, como uma espécie de “ferramenta de trabalho”, ressaltando essa possibilidade na hipótese do empregador permitir “expressamente” o acesso da *Internet* ou do correio eletrônico para assuntos particulares.

Com a devida *vênia*, discordamos do eminente autor, por entender que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem nas relações privadas, de forma que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, CF/88) devem ser alcançados tendo-se em vista sempre a dignidade da pessoa humana, enquanto núcleo axiológico do sistema jurídico vigente.

Agora que adentramos no árduo campo da problemática versada, oportuno destacarmos o atual entendimento da mais alta Corte Trabalhista sobre o assunto. Em decisão recente, o TST decidiu que o acesso da empresa ao correio eletrônico institucional do empregado não caracteriza violação da privacidade, conquanto, se o empregado quiser sigilo garantido, deverá criar o próprio *e-mail*. Segundo o relator do processo, Ministro Ives Gandra Martins Filho, se o meio de comunicação é o institucional, não existe violação de sigilo de correspondência pela própria empresa. Nessas condições, o empregado não tem direito à indenização.

Segundo o relator do processo, se o trabalhador quiser sigilo garantido, deve criar o próprio e-mail em sistemas universais, como

61 PAIVA. *op. cit.*, nota 124

62 *Idem. Ibidem.*

o *Gmail* do *Google* ou o *Hotmail* do *Windows*. Durante o julgamento do caso pela Sétima Turma, o Ministro Pedro Manoel lembrou que “o *e-mail* protegido constitucionalmente é o pessoal”. Os ministros acompanharam o voto do relator e rejeitaram o recurso, conforme se verifica da ementa abaixo:

DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO - LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência manuscrita, impressa ou eletrônica da pessoa física ou jurídica diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o e-mail é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em e-mail corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema *Gmail* do *Google*, de acesso universal. 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. (TST, 7ª Turma, RR 9961/2004-015-09-00.1, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Publicado DEJT de 20 fev 2009). (grifos nosso)

Decisões mais recentes do colendo Tribunal Superior do Trabalho confirmam essa tendência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. PROVA ILÍCITA. Nenhum dos dispositivos declinados como violados, incluindo-se o art. 5º, XII, da CF, disciplina a matéria inerente à ilicitude da prova para que se possa reputar violado. Além disso, a ilicitude da obtenção da prova pressupõe inobservância de norma disciplinadora, o que não sucedeu. Sob o prisma de violabilidade do sigilo dos e-mails, tampouco há falar em violação do art. 5º, XII, da CF, por se tratar de e-mail corporativo e não privado, meio de comunicação disponibilizado pelo empregador apenas para uso profissional conforme normas internas de conhecimento do empregado e com “ expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade na sua utilização (item 6.1 - fl. 176)”, conforme notícia o acórdão regional. JUSTA CAUSA. RECURSO DE REVISTA AMPARADO APENAS EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Sem valia as ementas transcritas, pois não informam a fonte de publicação. Súmula 337 do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido “ (AIRR-1461-48.2010.5.10.0003, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 27/02/2015).

“RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E ANTERIORMENTE À LEI Nº 13.467/2017. 1. PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. ACESSO E UTILIZAÇÃO DO CONTEÚDO DAS MENSAGENS DOS EMPREGADOS PELO EMPREGADOR. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. I. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho. Daí porque é permitido ao empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado em e-mail corporativo, isto é, checar as mensagens, tanto do ponto de vista formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto sob o ângulo material ou de conteúdo, não se constituindo em prova ilícita a prova assim obtida. II. Não viola os arts. 5º, X e XII, da Constituição Federal, portanto, o

acesso e a utilização, pelo empregador, do conteúdo do “e-mail” corporativo. III . Acórdão regional proferido em consonância ao entendimento desta Corte Superior . IV. Recurso de revista de que não se conhece. [...]” (RR-1347-42.2014.5.12.0059, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 26/06/2020).

O momento é oportuno para destacarmos, ainda, a célebre decisão do TST sobre a validade da prova obtida por meio do monitoramento de e-mail corporativo, da qual foi relator o Ministro João Oreste Dalazen, e que tem servido de paradigma para as decisões sobre o assunto:

PROVA ILÍCITA – “E-MAIL” CORPORATIVO – JUSTA CAUSA – DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louvase de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. [...] Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. [...] A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o “e-mail” corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de “e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre

o computador capaz de acessar a Internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de “e-mail” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em “e-mail” corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e XVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (TST, 1ª Turma, Proc. nº TST-ED-RR-613/2000-013-10-00.7, Ministro relator: João Oreste Dalazen. Publicação no DJ de 18 mai 2005) – (grifos nosso)

Diante do que até agora foi exposto, precisamos sistematizar os diversos posicionamentos, acerca do tema em comento, a fim de alcançarmos o objetivo pretendido.

Nesse diapasão, podemos afirmar, com base na doutrina e na jurisprudência, que sobre essa prática, há quem entenda que: a) com fundamento na propriedade privada, o empregador poderá verificar, sem qualquer obstáculo, o *e-mail* do empregado⁶³; b) baseado RESOLUÇÃO CONTRATUAL - SISTEMA DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA UTILIZAÇÃO INDEVIDA - ENVIO DE FOTOS PRONOGRÁFICAS - SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA - QUEBRA - INOCORRÊNCIA. Se o *e-mail* é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-

63 BELMONTE. *op. cit.*, p. 85

-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF. Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482). (TRT/DF-RO 0504/2002, Rel. Juiz Douglas Alencar Rodrigues. 3ª Turma, publicação DJDF de 15 out 02). no direito à intimidade e na vedação decorrente da inviolabilidade das comunicações, o empregador não poderá monitorar o e-mail corporativo do empregado; c) resolvendo-se a colisão entre propriedade privada e a intimidade por meio do respeito à dignidade do trabalhador, será possível adotar uma das posturas seguintes: c.1) é possível monitorar o e-mail do empregado a fim de verificar se o trabalhador não está utilizando-se da ferramenta para fins estranhos ao serviço, desde que o empregador dê prévia ciência ao empregado; ou c.2) é possível estabelecer um padrão razoável de vigilância, de maneira a permitir-se a utilização do correio eletrônico nos intervalos do serviço e considerar vedada a utilização em serviço somente se houver prévia comunicação ao empregado da vigilância²⁶.

Segundo Pena,

Várias razões, e de diversas naturezas, têm sido invocadas para justificar o controle dos *e-mails* utilizados pelo empregado no local de trabalho. Dentre elas podem-se mencionar:

- a) o empregador arca com os custos advindos dos instrumentos de trabalho (razões econômicas);
- b) a utilização do *e-mail* corporativo para fins particulares pode congestionar o sistema (razão técnica);
- c) o uso do *e-mail* corporativo para assuntos particulares pode representar um fator de distração do trabalho para os empregados (razão psicológica);
- c) o fluxo de correspondências privadas pode contribuir para a propagação de vírus e a difusão de mensagens que perturbem, hostilizem, difamem, injuriem ou transmitam pornografia, resultando em responsabilidade para a empresa [...] ⁶⁴

Como bem observamos, os direitos fundamentais não são absolutos, comportando limitações na medida em que se confrontam com valores igualmente tutelados pela ordem constitucional, tendo em vista a antinomia jurídica ou colisão de direitos existentes. Vimos, ademais, que, havendo essa colisão de direitos fundamentais, deve o julgador, em regra, atentar para os princípios da unidade do ordenamento jurídico – a fim de impor a interpretação sistemática, em detrimento da interpretação isolada; o da concordância prática – objetivando a concretização máxima por meio da harmonização; e o da proporcionalidade – objetivando a prevalência de um direito sobre o outro, quando absolutamente necessária para a resolução do conflito ⁶⁵.

⁶⁴ BELMONTE. *op. cit.*, p. 76

⁶⁵ PENA, Tânia Mara Guimarães. *O monitoramento do e-mail corporativo não viola os incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/tania.pdf>. Acesso em: 16 set. 2009.

Entendemos, *data máxima vênia*, que a posição adotada pelo TST não está em consonância com a nova ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, imperioso destacarmos que o e-mail corporativo, de fato, é uma ferramenta disponibilizada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço, mas não de maneira exclusiva, como vem entendendo parte da doutrina e da jurisprudência, conforme já explicamos.

Em segundo, não poderíamos limitar os direitos dos empregados à mera execução dos serviços estabelecidos em contrato, uma vez que, pelas peculiaridades do *e-mail*, trata-se de uma ferramenta de fácil manuseio e de importante utilização em benefício da empresa e do empregado. Partimos da premissa que não se deve equiparar o *e-mail* corporativo, por exemplo, com um carro que a empresa disponibiliza à seu empregado para consecução de seus serviços.

A diligência no uso de qualquer ferramenta de trabalho pelo empregado é exigível em qualquer hipótese, mas, devemos ter em mente que o e-mail é uma solução que reduz custos, rende mais tempo para a empresa, aumenta a produtividade, sendo manifesto os benefícios em prol do empregador, comportando este o bônus de sua utilização.

Sendooempregadorquemassumeosriscosdoempreendimento (alteridade), não poderia, à luz do valores sociais do trabalho, querer apenas benefícios, sem promover o bem estar de seus empregados, valorizando seus trabalhos, dentro de um parâmetro objetivo e limitado, permitindo o uso dessa ferramenta de maneira moderada, nos intervalos de almoço, ou, no próprio horário de serviço, desde que não atrapalhe o bom andamento de suas obrigações. O empregador tem por dever proporcionar um meio ambiente de trabalho sadio e

equilibrado para o empregado, e essa possibilidade, ora abordada, está em consonância com esse outro direito fundamental do trabalhador.

Deveras, não merece prosperar, *data máxima vênia*, o fundamento do Eminentíssimo Ministro Ives Gandra Martins Filho, quando argumenta que, “se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema *Gmail* do *Google*, de acesso universal”. Ora, e se o provedor da empresa não permitir esse acesso, como muitas vezes acontece? A análise, *in casu*, da referida decisão poderia ser diferente, todavia, não poderíamos tratar essa possibilidade como absoluta, uma vez que nem todas as empresas possibilitam, tecnicamente, essa utilização do e-mail pessoal no ambiente de trabalho.

Entendemos, portanto, que, não havendo essa possibilidade, deverá haver critérios mais objetivos que legitimem esse monitoramento, nas condições em que houver fundado receio de mau uso da ferramenta, ou de vazamento de informações sigilosas, enfim, de qualquer uso ilícito e imoral que atente contra a honra e a boa fama da empresa, igual merecedora de tutela constitucional e legal.

Caso a empresa permita apenas o acesso ao e-mail corporativo, não poderá exercer o controle material das mensagens enviadas, mas apenas o controle formal das mesmas, de forma a não perder o controle de seu empreendimento, bem como não lesar direitos fundamentais do empregado.

Vejamos que, nessas primeiras linhas, esposamos parte de nosso entendimento à respeito da possibilidade do monitoramento do e-mail corporativo. De fato, conforme nos aponta Simón, os direitos fundamentais não podem servir de proteção para práticas ilegais e, reconhecidamente contrárias à moral e aos bons costumes⁶⁶. No mesmo sentido, destacamos o entendimento de Paiva, para o qual,

66 BELMONTE. *op. cit.*, p. 82

Os bens em jogo podem sofrer uma vulneração que permite denotar que nenhum direito é absoluto seja ele o de liberdade de organização da empresa, a titularidade na propriedade do correio eletrônico, a inviolabilidade sem restrições do sigilo de dados. Assim o empregador não possui o poder de acessar de maneira irrestrita o correio eletrônico do trabalhador nem o empregado tem o direito de acesso e utilização de sua conta de *e-mail* para quaisquer fins alheios a prestação de serviço [...] ⁶⁷

Nesse diapasão, forçoso reconhecermos que, além do poder empregatício, os direitos dos empregados também sofrem limitações, tudo com o fim de alcançar a máxima efetividade do contrato de trabalho, bem como para que se evitem prejuízos ao empregador pelo mau uso do *e-mail* corporativo.

Belmonte destaca que práticas como *downloads* de piadas e vídeos, de papéis de parede/protetores de tela e de animações, envio de fotos pornográficas a terceiros e a companheiros de trabalho, bem como visita a *sites* de votação como o “Big brother”, revelam o uso indevido do computador, que prejudicam o serviço e colocam em risco a segurança dos sistemas, principalmente quando os computadores estão ligados em rede ⁶⁸.

Como bem salienta Finati ⁶⁹, o empregado pode utilizar-se da *Internet* e de outros meios eletrônicos de comunicação informática de modo positivo, negativo ou neutro. A forma neutra se dá quando o funcionário se utiliza dessas ferramentas para fins pessoais de forma estritamente necessária e sem atrapalhar o serviço.

A doutrina destaca que esse monitoramento deverá ser desencadeado de maneira objetiva, impessoal, de forma generalizada e, preferencialmente, quando houver fundados indícios de que a

67 SIMÓN. *op. cit.*, p. 157

68 PAIVA. *op. cit.*

69 BELMONTE. *op. cit.*, p. 86

referida ferramenta de trabalho esteja sendo usada de maneira inadequada e com fins ilícitos. Segundo o magistério de Ribeiro⁷⁰, pelo “princípio da pertinência”, o empregador deve efetuar o controle de maneira objetiva e direta, alcançando o alvo e evitando ao máximo a intromissão na vida privada do trabalhador, de maneira menos evasiva possível.

Defendemos, ainda, que essa atividade de controle, quando for o caso, deverá ser desenvolvida somente pelos prepostos devidamente treinados, e, preferencialmente, não tenham participado da criação da política de segurança de informação da empresa, de forma que haja a segregação das funções fiscalizatórias e regulamentares, evitando-se a arbitrariedade no controle dos empregados.

As regras do jogo, também, precisam ser claras, sendo imprescindível a comunicação expressa do empregador de que a correspondência eletrônica de seu empregado poderá ser monitorada, conforme doutrina Pinheiro,

O monitoramento deve ser realizado por uma equipe treinada, e ocorrer de modo centralizado, com procedimentos-padrão, nas quais o relatório de monitoramento deve ser utilizado apenas para fins de investigação de casos específicos, em que se demonstre infração ao código de conduta, prática de ilícito ou crime, ou mediante solicitação das autoridades competentes [...] ⁷¹

Esse dever de informação, devidamente trabalhado no segundo capítulo, aponta para a boa-fé objetiva nas relações trabalhistas. Nesse sentido, Ribeiro destaca que sendo certo que a relação laboral é pautada pelo princípio da boa-fé contratual, que mantém incólume o princípio

70 FINATI, Cláudio Roberto, As relações de Trabalho na Era da informática. *Revista Síntese Trabalhista*, n. 136, out/2000, São Paulo, p. 19 apud BELMONTE. op. cit., p. 86

71 RIBEIRO. *op. cit.*, p. 80

articulador dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa pelo direito fundamental, “certo deve ser também o reconhecimento do direito de fiscalização, vigilância e controle, legalmente atribuído ao empregador para verificação do cumprimento das prestações a que o trabalhador está vinculado”⁷².

Sobre esse aspecto, Pinheiro destaca que se a empresa deixa claro que o *e-mail* corporativo é de sua propriedade, que o ambiente é monitorado, inserindo essa informação nos rodapés de *e-mails* para dar publicidade inequívoca, demonstrará uma política de privacidade clara de forma que o uso de dados coletados nessa caixa não trará problemas legais. Todavia, continua a autora, “se tais etapas não forem cumpridas, não há presunção de propriedade da empresa”, pois, se as regras não são claras, “a presunção é de privacidade” e vai favorecer a parte desprotegida, que na maioria dos casos é o empregado.⁷³

Para Pinheiro, é interessante, ainda, anexar a política de segurança de informação da empresa ao contrato de trabalho, pois dessa forma o empregado não poderá alegar desconhecimento dessas regras. Sobre essa cláusula de invasão de privacidade, contudo, teceremos algumas ponderações³⁷.

Segundo Belmonte, “a cláusula coletiva permissiva da invasão de privacidade (termo de sigilo) tem o mérito de eliminar o questionamento da licitude do rastreamento quanto ao *e-mail* corporativo, já que, mediante negociação coletiva, os próprios empregados, expressamente ou mediante o compromisso de utilização dos recursos disponibilizados, teriam uma política clara de uso da Internet e do *e-mail* corporativo. Para o referido autor, isoladamente, o empregado não tem poder de barganha, submetendo-se à vontade do empregador, de

72PINHEIRO. *op. cit.*, p. 145

73 RIBEIRO. *op. cit.*, p. 82

forma que essa “cláusula de invasão de privacidade” só estaria legitimada por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Comungamos do entendimento acima, todavia, a referida cláusula não pode prever o uso exclusivo do e-mail corporativo para fins profissionais quando a empresa não possibilitar o acesso, pelo empregado, de sua conta de *e-mail* nos sistemas universais de provedores, conforme defendemos em linhas acima.

Ora, insistimos no entendimento de que há, para qualquer empregado, uma zona mínima de privacidade em seu ambiente de trabalho, devendo o poder empregatício encontrar limites nos direitos fundamentais da privacidade do empregado e na boa-fé entre as partes do contrato.

Em Acórdão do TST, já transcrito neste trabalho, verificamos que o Ministro Relator, João Oreste Dalazen, atenta para o fato de que o “empregado, ao receber uma caixa de “*e-mail*” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido)”.

Segundo Pinheiro, o monitoramento de ambiente de navegação de Internet gera *logs* de históricos e eventos, fazendo com que seja possível traçar um perfil do que o usuário acessou, sem que haja interceptação de conteúdo, não havendo, portanto, a quebra de privacidade, uma vez que o monitoramento neste caso é meramente formal⁷⁴. Trata-se de solução adequada no controle do uso da Internet e do *e-mail*.

Além dessa prática, o empregador poderá adotar o controle do *e-mail* por palavra-chave, uso de quarentena, chamar o empregado

74 PINHEIRO. *op. cit.*, p. 139

para olhar juntamente com ele, oferecimento de explicação ou correção de conduta, todavia, a referida autora observa que cuidados especiais deverão ser adotados pelo empregador para a utilização dessas práticas.

Nesse tocante, vale acentuarmos que a utilização abusiva ou indevida do *e-mail* corporativo permite, em tese, a responsabilização da empresa perante terceiros por quaisquer prejuízos, tal como ocorreria com qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil, art. 932, III). Conforme nos aponta Pena⁷⁵, é relevante ressaltar que no campo da responsabilidade civil não têm validade os avisos de isenção de responsabilidade empresarial, ensejando eventuais indenizações devidas pela empresa, ainda que o *e-mail* utilizado pelo trabalhador estivesse identificado e contivesse tal cláusula.

Trata-se de responsabilidade objetiva⁷⁶ (art. 932 e 933, CC/02), uma vez que independe de culpa por parte do empregador para a composição dos danos porventura advindos do mau uso do *e-mail* corporativo pelo empregado. Esse receio que o empregador tem pelo mau uso do e-mail corporativo pode ser elidido em uma eventual ação de regresso. Entendemos, portanto, que este fundamento não deva prevalecer sob aspecto da validade ou não dessa prática, por mais expressiva e importante que seja.

Todos os parâmetros objetivos trabalhados até aqui são de fundamental importância para defesa de nosso posicionamento

⁷⁵ *Ibidem.* p. 141

⁷⁶ Súmula 341 do STF: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto; Trata-se de Súmula superada diante da nova sistemática de responsabilidade objetiva adotada pelo Código Civil de 2002 (arts. 932 e 933), que acabou com as “presunções de culpa”, em que pese não estar a referida Súmula cancelada. Nesse sentido, Diniz, para a qual, “com o novo Código Civil consagrada está a responsabilidade objetiva do empregador por ato lesivo de empregado, tendo, porém, ação regressiva contra ele para reaver o que pagou ao lesado (CC, art. 934; CLT, art. 462, § 1º), pouco importando a questão de se apurar se houve, ou não, culpa in vigilando ou in eligendo”. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, 39. ed. São Paulo: Saraiva jur. vol. 7, p. 523 .

acerca da distinção do e-mail corporativo utilizado pelo empregado no desempenho de suas funções. Na análise da doutrina e da jurisprudência, não há qualquer menção à distinção que iremos abordar no próximo tópico, todavia, nos arriscaremos nesse campo, tendo em vista a importante contribuição doutrinária sobre a referida temática.

Distinções terminológicas do e-mail corporativo: e-mail corporativo de senha comum dos “empregados” e de senha privativa do “empregado”

Em análise sucinta do princípio da boa-fé no contrato de trabalho, verificamos que o empregador deve exercer o controle sobre a empresa de forma a respeitar o trabalhador-médio no cumprimento de suas atribuições laborativas. Conforme apontado por Paiva,

Um contrato não pode ignorar que as relações trabalhistas são baseadas em princípios como o da boa-fé e diligência profissional. E, como é óbvio, aquelas condições não podem estabelecer-se com abstração dos direitos reconhecidos pela Constituição. A autonomia organizativa do empresário não é nem pode ser ilimitada [...]⁷⁷

A fidúcia é o elo que liga o empregador e empregado, devendo permear a relação de trabalho continuamente. Não podemos esquecer que o empregador, ao contratar um determinado empregado, está confiando sua sorte, enquanto empreendedor, às atividades de seus empregados e prepostos.

No decorrer da pesquisa, em que analisamos as diversas formas de monitoramento, observamos que o e-mail corporativo pode ser disponibilizado ao empregado sob duas formas: *e-mail* corporativo

⁷⁷ PENA. *op. cit.*

de senha comum para um indeterminado número de funcionários da empresa, em prol de um determinado setor ou repartição, e o *e-mail* corporativo de senha privativa do empregado, usado isoladamente pelo empregado, conquanto ambos sejam utilizados para as finalidades da empresa.

A distinção é fundamental, pois, no *e-mail* de senha comum, há uma presunção absoluta de ausência de privacidade, uma vez que o uso dessa ferramenta é realizado por vários empregados, sempre com o fim de atender à empresa. Já no *e-mail* corporativo de senha privativa do empregado, o mesmo não ocorre, uma vez que o empregador confiou ao obreiro a possibilidade de criação de uma senha que apenas ele tem acesso.

Ora, neste último caso, o e-mail corporativo detém uma presunção de privacidade da qual o outro não goza. Esse e-mail corporativo foi disponibilizado pelo empregador porque necessário ao desempenho das funções, todavia, se a intenção fosse o uso exclusivo do *e-mail* para fins estritamente profissionais, atinentes às atividades específicas de um determinado setor da empresa, teria disponibilizado um *e-mail* de senha comum para todos os funcionários usuários do provedor empresarial.

Ademais, a *práxis* demonstra que esse dois tipos de *e-mails* coexistem, muitas vezes, de forma que a empresa disponibiliza ao empregado dois correios eletrônicos distintos: um com senha privativa do empregado e outro com senha comum para vários funcionários, configurando, sem sombra de dúvidas, uma proteção legal maior ainda no que diz respeito ao *e-mail* corporativo de senha privativa do empregado.

Entendemos que, quando o e-mail corporativo for este, em que a senha foi disponibilizada individualmente ao empregado, deverão ser

adotados todos os parâmetros objetivos analisados no tópico anterior, tais como, a informação de que o e-mail está sendo monitorado, a objetividade e a impessoalidade no controle das correspondências enviadas e recebidas, uma equipe treinada e específica para este fim, uma análise meramente formal das mensagens quando o empregador não disponibilizar o uso do e-mail pessoal mediante provedores universais, enfim, uma política de privacidade clara, que resguarde empregado e empregador, sempre com respeito à dignidade da pessoa humana do empregado e o respeito às garantias fundamentais das partes envolvidas.

Quando se tratar, entretanto, do e-mail com senha comum, o livre exercício do monitoramento se faz necessário, tanto sob o aspecto formal quanto material, todavia, com uma política clara de segurança da informação da empresa para todo o empregado que acessar sua caixa de *e-mails*.

O monitoramento do *e-mail* no direito comparado

Um dos parâmetros utilizados pelo julgador, na ausência de normas aplicáveis à questão litigiosa, é a análise do direito comparado, imprescindível para fundamentar e nortear a decisão tomada, principalmente quando nas legislações alienígenas haja um amadurecimento da discussão tratada e necessária a ser decidida.

Esse entendimento vem ao encontro do magistério de Barros, segundo a qual,

Quanto à possibilidade de o empregador escutar a conversa telefônica do empregado, a doutrina espanhola estabelece um critério de razoabilidade que poderá, à luz do art. 8º da CLT, auxiliar o intérprete brasileiro na conciliação dos direitos fundamentais da livre iniciativa e da propriedade (art. 1º, inciso IV, e 5º, inciso XXII, da Constituição), com o direito ao

sigilo de correspondência e à privacidade (art. 5º, X e XII, do texto constitucional). Parte a doutrina espanhola da seguinte distinção: se o telefone é utilizado como meio de execução das tarefas, o empregador poderá intervir e controlar as chamadas, pois não é considerado terceiro relativamente à conversa. Nesse sentido começa a se manifestar a jurisprudência brasileira [...]”⁷⁸

A referida autora nos informa, ainda, que a Comissão Nacional de Informática e Liberdades da França também autoriza a interceptação de conversa telefônica do empregado, apenas quando o trabalho consiste, essencialmente, em telefonar (telemarketing). Nesse caso, o empregador poderá verificar como o trabalho está sendo realizado. “Outra será a situação se o telefonema se verificar nos descansos e pausas ocorridos durante o horário de trabalho, caso em que a interferência do empregador afetará o direito à intimidade do empregado”⁷⁹.

Segundo o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “Nada será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua *correspondência*, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

Segundo o magistério de Paiva⁸⁰, o direito ao sigilo da correspondência foi incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, cujo art. 17 dispõe que: “1. Nada será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua vida familiar, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação. 2. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques”.

Na legislação brasileira, por não existir norma específica que possibilite a vedação do monitoramento do *e-mail*, fica a disciplina

78 BARROS. *op. cit.*, p. 591

79 BARROS. *op. cit.*, p. 591

80 BARROS. *op. cit.*, p. 591

dessa prática entregue ao poder organizativo do empregador, manifestado pelas circulares ou pelo regulamento de empresa, conforme nos aponta Ribeiro⁸¹. A referida autora destaca, em contrapartida, que o Código de Trabalho Português⁸², em seu art. 21 n. 2, confere à entidade empregadora a faculdade de “estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico”.

Conforme nos aponta Paiva, a Constituição da Espanha é uma das poucas Cartas Políticas que consagra expressamente a proteção à correspondência das pessoas frente ao uso da informática, prevendo em seu art. 18 que: “3. Será garantido o segredo das comunicações, e, em especial, a dos postais, telegráficos e telefônicos, salvo resolução judicial. 4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e do pleno exercício de seus direitos”⁸³.

Castilla, citado por Belmonte, nos ensina que na Espanha o Estatuto dos Trabalhadores, em seu art. 5º, “a”, determina que “os empregados devem concretamente cumprir as normas inerentes ao posto de trabalho, em conformidade com as regras da boa-fé e com diligência, e que a utilização dos instrumentos de trabalho para fins pessoais importa em descumprimento das obrigações básicas”⁸⁴.

81 Reza o art. 21, n. 1 do Código do Trabalho Português que: “o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico”. Já no n. 2 do mesmo artigo, dispõe o CT que: “o disposto no número anterior não prejudica o poder de um empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico”.

82 CASTILLA, Ramon. Consecuencias jurídicas en el uso de Internet (II): aspectos penales y laborales. Disponível em: <www.alfa-redi.org/revista/data/31-9.asp>. Acesso em: 23 out. 2009.

83 PAIVA. *op. cit.*

84 TEMPLE, James. Big brother pulls up a chair in workers' cubicles. San Francisco Business Times, São Francisco, Estados Unidos da América. Edição impressa de 03 maio 2002. Traduzido livremente do original: “More than tree quarters of

Nos Estados Unidos, Correia de Melo⁴⁹ nos informa que em um estudo estatístico realizado sobre o monitoramento do e-mail, pela Revista *American Management Association*, no ano de 2001, foi constatado que mais de três quartos das maiores empresas dos Estados Unidos, 77%, praticam monitoramento eletrônico de seus empregados ao menos ocasionalmente, e, em estudo separado, a *Privacy Foundation* constatou que “14 milhões de empregados, ou um terço dos trabalhadores dos Estados Unidos conectados on-line, têm sua Internet ou correio eletrônico sob vigilância contínua”.

Talvez, um idêntico estudo realizado no Brasil não tivesse resultado diferente, justamente em decorrência da banalização do uso indiscriminado de tecnologias que permitem o controle total dos empregados, prática essa conhecida, e abordada no presente trabalho, como “química da intrusão”.

Segundo Calvo⁸⁵, os norte-americanos, através da *Electronic Communications Privacy Act*, reformulada em 1986, definiram as comunicações havidas por meio eletrônico, inclusive aquelas realizadas por intermédio de computador, como pertencentes à esfera da privacidade do indivíduo. A referida autora nos ensina, ainda, que nos Estados Unidos “é frequente que o empregado, no ato de sua admissão, assine um termo pelo qual se declara ciente que a empresa tem o poder de, sem aviso prévio, monitorar suas ligações telefônicas e mensagens enviadas, ou recebidas pelo correio eletrônico”.

major U.S. firms, 77 percent, perform at least occasional employee [electronic] monitoring” apud CORREIA DE MELO, Bruno Herrlein. Aspectos jurídicos da fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 973, 01 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8014>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

85 CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do Correio Eletrônico no ambiente de Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

Não poderíamos deixar de mencionar a solução adotada pelo Reino Unido a respeito dessa questão. No referido País, entrou em vigor, no ano de 2000, a *The Telecommunication Regulations (Lawful Business Practic ou Interception Communications)*, que permitiu o monitoramento do e-mail corporativo, desde que os empregados sejam comunicados sobre tal fato, não sendo necessária a obtenção do consentimento destes⁸⁶. A denominada RIP, que traduzida significa Regulação de Poderes de Investigação, permite que as empresas interceptem qualquer tipo de comunicação entre seus empregados, sem o conhecimento do remetente ou do destinatário, para fiscalizar, entre outras coisas, se as políticas da companhia estão sendo cumpridas.

Segundo a referida autora, no referido país,

A “espionagem” foi legalizada pelo governo e independe de autorização do trabalhador. E mais, o direito à bisbilhoteira é assegurado também no caso de conversas telefônicas. Os objetivos são desestimular os correio eletrônicos inúteis ou pornográficos e evitar que o assalariado desperdice seu tempo de trabalho e o dinheiro real da empresa em bobagens virtuais [...]”⁸⁷

Em decisão da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça de *Catalunya*, na Espanha, em que um empregado enviou 140 mensagens a 298 destinatários de natureza obscena, humorística e sexual a terceiros e a outros colegas de trabalho, confirmou-se que o empregado não poderia usar a Internet sem ordem da empresa. Tal prática ensejou a demissão do empregado por uso indevido da Internet, no local de trabalho, uma vez que, segundo o Tribunal, o mesmo não cumpriu sua real prestação de serviços, já que a empresa somente permite a utilização deste sistema de comunicação por motivos de trabalho⁸⁸.

86 *Idem Ibidem.*

87 CALVO. *op. cit.* nota 153

88 *Idem.*

Imprescindível destacarmos, aqui, as orientações da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), de Portugal, acerca dos princípios sobre a privacidade no local de trabalho, no que tange ao monitoramento da correspondência eletrônica, do acesso à Internet e do tratamento de dados em centrais telefônicas.

A referida Comissão, em orientações sucintas aplicáveis ao ordenamento jurídico Português, entre outras recomendações, dispôs que:

5. O artigo 39.º n.º 1 da LCT reconhece ao empregador, de forma expressa, o direito de fixar os termos em que deve ser prestado o trabalho, devendo fazê-lo nos limites estabelecidos pelo contrato de trabalho e das normas que o regem; 6. O trabalhador deve “velar pela boa conservação e utilização dos bens relacionados com o seu trabalho, que lhe foram confiados pela entidade empregadora” (art. 20.º al. e) da LCT); [...] 9. O DL n.º 5/94, de 11 de Janeiro, consagrou – em obediência à Directiva n.º91/533/CE – a obrigação de a entidade empregadora informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato e à relação de trabalho.; 10. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, estabelece – no artigo 8.º n.º 1 – que “qualquer pessoa tem o direito à sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”; 11. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que não existe qualquer razão de princípio para interpretar a noção de «vida privada» de forma a dela excluir as actividades profissionais ou comerciais e que “as chamadas telefônicas provenientes do local de trabalho, tal como aquelas que são feitas do domicílio, podem encontrar-se compreendidas nas noções de «vida privada» e de «correspondência» previstas no artigo 8.º n.º 1”; [...] 15. O artigo 2.º da Lei 67/98 consagra princípios nucleares em matéria de protecção de dados ao afirmar que o tratamento de dados se deve processar “de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada” e pelos “direitos liberdades e garantias”; [...] 17. A escolha dos meios de controlo, por parte do empregador, deve obedecer aos princípios da necessidade, suficiência, razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé, devendo o empregador comprovar

*que escolheu as formas de controlo que têm menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores [...]*⁸⁹

A CNPD estabelece, além do exposto, princípios gerais e específicos⁹⁰ aplicáveis ao uso de ferramentas no ambiente de trabalho e seu controle pelo empregador, sendo estes imprescindíveis para a análise do problema da monitorização do *e-mail* corporativo.

Informa-nos Paiva que, na Bélgica, o Tribunal do Trabalho de Bruxelas proferiu sentença em 2000, onde, baseado no art. 8.º do Convênio Europeu de Direitos Humanos, entendeu-se que o envio e pessoais – para definir regras claras e precisas em relação à utilização do correio electrónico e da Internet para fins privados; 3. Estas regras – que não podem ser desenhadas da prática institucionalizada e das necessidades particulares dos trabalhadores – devem assentar nos princípios da adequação, da proporcionalidade, da mútua colaboração e da confiança recíproca; 4. Estas regras devem ser submetidas à consideração dos trabalhadores e dos seus órgãos representativos, sendo claramente publicitadas por forma a que seja assegurada uma informação clara sobre o grau de tolerância, o tipo de controlo efectuado e, mesmo, sobre as consequências do incumprimento daquelas determinações (cf. art. 10.º n.º 1 da Lei 67/98); 5. É desejável que a entidade empregadora permita que os trabalhadores utilizem, com moderação e razoabilidade, os meios que esta colocou à sua disposição; [...] 7. O administrador de sistema está vinculado à obrigação de segredo profissional, não podendo revelar a terceiros os dados privados dos trabalhadores de que tenha tomado conhecimento

⁸⁹ Recomendações da CNPD, disponível em: <<http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-controloE-mails-telefonos-Internet.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2009

⁹⁰ Princípios gerais: 2. A entidade empregadora deverá analisar todos os factores – a salvaguarda da liberdade de expressão e de informação, a formação, o livre desenvolvimento e iniciativa do trabalhador, a sua sensibilização para acesso às redes públicas, os custos para a empresa, as políticas de segurança, de privacidade e o grau de utilização destes meios, o tipo de actividade e grau de autonomia dos seus funcionários, bem como as suas necessidades concretas

em consequência das acções de monitorização dos seus postos de trabalho;

Princípios específicos: 1. O facto de a entidade empregadora proibir a utilização do e-mail para fins privados não lhe dá o direito de abrir, automaticamente, o e-mail dirigido ao trabalhador; [...] 6. O grau de autonomia do trabalhador e a natureza da actividade desenvolvida, bem como as razões que levaram à atribuição de um e-mail ao trabalhador devem ser tomadas em conta, decisivamente, em relação à forma como vão ser exercidos os poderes de controlo. O segredo profissional específico que impende sobre o empregado (vg. sigilo médico ou segredo das fontes) deve ser preservado; [...] 8. Deve ser claramente diferenciado o grau de exigência e de rigor em relação ao controlo dos e-mails expedidos e recebidos, sendo facultados ao trabalhador meios expeditos e eficazes para assegurar a eliminação imediata dos e-mails recebidos e cuja entrada na sua caixa de correio ele não pode controlar; 9. O controlo dos e-mails – a realizar de forma aleatória e não persecutória – deve ter em vista, essencialmente, garantir a segurança do sistema e a sua performance; [...] 11. A necessidade de detecção de vírus não justifica, só por si, a leitura dos emails recebidos; 12. À constatação da utilização desproporcionada deste meio de comunicação – que será comparada com a natureza e tipo de actividade desenvolvida – deve seguir-se um aviso do trabalhador e, se possível, o controlo através de outros meios alternativos e menos intrusivos; [...] 15. O acesso ao e-mail deverá ser o último recurso a utilizar pela entidade empregadora, sendo desejável que esse acesso seja feito na presença do trabalhador visado e, de preferência, na presença de um representante da comissão de trabalhadores. O acesso deve limitar-se à visualização dos endereços dos destinatários, o assunto, a data e hora do envio, podendo o trabalhador – se for o caso – especificar a existência de alguns e-mails de natureza privada e que não pretende que sejam lidos

pela entidade empregadora de correio eletrônico pessoal enviado da empresa pertence à vida privada do trabalhador, considerando que o mero atestado do número de correios, seu tamanho e seu caráter privado, são dados suficientes para proceder à sanção sem necessidade de intervir no conteúdo do mesmo⁹¹.

Na França, por exemplo, o Código Civil foi alterado no sentido de dar validade comprobatória às mensagens eletrônicas, a partir do pressuposto de que o escrito em suporte eletrônico tem o mesmo valor probante que o escrito de papel⁹².

Conforme observado por Belmonte, não há, pela OIT, norma que aborde a questão do monitoramento de mensagens eletrônicas ou de acesso à Internet nas relações de trabalho, todavia, a referida Organização aprovou, em 1996, o Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores (*Protection of Workers' Personal Data*), adotando, com isso, um código de práticas que abrange princípios gerais da proteção de dados pessoais dos trabalhadores, podendo ser usado como referência no desenvolvimento da legislação, dos regulamentos, de acordos coletivos, de normas de trabalho, de políticas e de medidas práticas no âmbito das empresas⁹³.

Segundo Barros, o referido Repertório tem como principal objetivo a edição futura de normas internacionais de proteção à intimidade e vida privada do trabalhador, contra as invasões do empregador⁹⁴, uma vez que este parte da ideia de que as técnicas de informação, a vigilância eletrônica são invasivos da intimidade e limita as informações sobre dados pessoais a assuntos pertinentes à relação de trabalho.

91 PAIVA. *op. cit.* nota 124

92 *Idem*

93 PAIVA. *op. cit.* nota 124

94 BARROS. *op. cit.*,

Segundo Belmonte, o Repertório prevê, ainda: “a impossibilidade de renúncia à proteção da vida privada; a impossibilidade de perquirição de dados relativos às opções sexuais, convicções religiosas ou políticas; proíbe a utilização de polígrafos; autoriza a realização de exames médicos, mas em conformidade com a lei nacional; determina a informação sobre a instalação de sistemas automatizados de vigilância eletrônica”⁹⁵.

Verificamos, em breves linhas, como a legislação estrangeira enfrenta a questão do monitoramento do *e-mail*, de forma que a disciplina adotada pelos outros países servirá como base conformadora do pensamento defendido neste trabalho.

Contribuição doutrinária acerca dos critérios objetivos legitimadores do monitoramento de e-mail no ambiente laboral

Depois de tudo que abordamos acerca do tema, achamos por bem sistematizar a linha de ideia defendida no presente livro, trazendo com isso a contribuição doutrinária sobre o monitoramento do *e-mail* corporativo.

Sob o fundamento de que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem nas relações privadas, com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações privadas de emprego, bem como pela dimensão objetiva destes, entendemos que:

1. O uso exclusivo do e-mail corporativo para fins estritamente profissionais é uma prática que não está alinhada à teleologia do sistema jurídico vigente, devendo o empregador permitir o “uso social do e-mail” como forma de estimular seus empregados e garantir-lhes um meio ambiente socialmente equilibrado, em respeito, ainda, à função social da propriedade e do contrato;

95 *Idem*

2. Seja inadmissível o monitoramento material (ou de conteúdo) do e-mail corporativo disponibilizado ao empregado quando for impossível o acesso, pelo empregado, à correspondência eletrônica pessoal, uma vez que, pelo uso social da propriedade, não poderia o empregador limitar o uso do e-mail corporativo tão somente para fins estritamente profissionais, todavia, pelo princípio da pertinência, poderia exercer o controle formal das mensagens eletrônicas a fim de exercer o controle sobre seu ativo, todavia, desde que haja fundados indícios de mau uso da ferramenta corporativa, como vazamento de informações sigilosas e o uso ilícito do *e-mail*;

3. A atividade de monitoração, quando for o caso, deverá ser desenvolvida somente pelos prepostos devidamente treinados, e, preferencialmente, que não tenham participado da criação da política de segurança de informação da empresa, de forma que haja a segregação das funções fiscalizatórias e regulamentares, evitando-se a arbitrariedade no controle dos empregados.

4. As regras do jogo também precisam ser claras, sendo imprescindível a comunicação expressa do empregador de que a correspondência eletrônica de seu empregado poderá ser monitorada, uma vez que o dever de informação é um dos deveres anexos do contrato de trabalho.

5. O monitoramento formal do *e-mail* deve ser desencadeado de maneira objetiva, impessoal, e de forma generalizada;

6. Pelo “princípio da pertinência”, o empregador deve efetuar o controle de maneira objetiva e direta, alcançando o alvo e evitando ao máximo a intromissão na vida privada do trabalhador, ou seja, da maneira menos evasiva possível.

7. Se o *e-mail* for de senha comum para vários empregados, há uma presunção absoluta de ausência de privacidade, uma vez que o uso dessa ferramenta é realizado por vários empregados, sempre com o fim de atender à empresa; Todavia, se o e-mail corporativo for de senha privativa do empregado, o mesmo não ocorre, uma vez que o empregador confiou ao obreiro

a possibilidade de criação de uma senha que apenas ele tem acesso, devendo realizar apenas o controle formal das mensagens, atendendo aos parâmetros objetivos estabelecidos anteriormente; Em todo caso, o empregador deverá comunicar ao empregado a possibilidade de fiscalização;

8. O controle dos *e-mails* – a realizar-se de forma aleatória e não persecutória – deve ter em vista, essencialmente, garantir a segurança do sistema e o seu desempenho, de forma que a necessidade de detecção de vírus não justifica, por si só, a leitura das mensagens recebidas;

9. O acesso ao *e-mail* corporativo deverá ser o último recurso a ser utilizado pelo empregador, sendo desejável que esse acesso seja feito na presença do trabalhador visado e, de preferência, na presença de um representante do Sindicato. O acesso deve limitar-se à análise formal das mensagens (endereços dos destinatários, o assunto, a data e hora do envio), podendo o trabalhador – se for o caso – especificar a existência de alguns *e-mails* de natureza privada e que não pretende que sejam lidos pela entidade empregadora.

10. Que a cláusula coletiva permissiva da invasão de privacidade (termo de sigilo) é lícita, desde que sua inserção tenha sido admitida em acordo ou convenção coletiva de trabalho, em dissídio da categoria, respeitando-se, contudo, os critérios objetivos de monitoramento;

Diante do exposto, à luz da Constituição Federal de 1988 e dos valores por ela abrigados, que inauguraram uma nova ordem nas relações privadas, com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações privadas de emprego, bem como pela dimensão objetiva destes, não há como admitir o controle patronal sobre o meio de produção sob a ótica puramente civilista.

Para tanto, é imprescindível analisar, no caso concreto, a política da empresa para verificar se os parâmetros acima elencados estão

de acordo com a proteção que se espera dos direitos fundamentais em sua essencialidade, sem descuidar do direito do empregador de proteger a sua propriedade privada, a qual, conforme já explanado, deverá atender à sua função social e observar os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado (art. 5º da CF/88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Presenciamos uma dinamização sem limites das relações sociais, mormente das relações de trabalho, devido ao avanço tecnológico que encurta espaços e distancia as pessoas, ao mesmo tempo em que provoca uma explosão de conhecimentos com o uso de ferramentas que pretendem superar conceitos e fundamentos há muito construídos.

Essa “sociedade convergente” encontra limites nos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, que, em face da dimensão objetiva adquirida pela evolução de sua eficácia irradiante, suplanta a “arcaica” autonomia privada, e exige uma releitura desses princípios à luz dos valores constitucionais da propriedade privada.

Verificamos que o monitoramento do correio eletrônico profissional provoca, ainda hoje, grandes discussões doutrinárias sobre a licitude ou não dessa prática, uma vez que não há diplomas normativos que cuidem de uma matéria tão importante como essa.

Estamos tratando de valores constitucionais como o da privacidade, da intimidade, da inviolabilidade da correspondência e do direito à propriedade privada. Não podemos deixar que matérias tão importantes como estas estejam sob a regulamentação do empregador, que, a seu critério, estabelece aquilo que melhor lhe aprouver. Não é esse o espírito da Constituição, assim como não é essa a teleologia do sistema microprotetivo trabalhista.

Todavia, enquanto não há regulamentação que estabeleça os limites à atuação do empregador, ao julgador competirá dirimir as controvérsias, de forma que os valores constitucionais sejam sopesados a fim de alcançar a melhor solução para a lide.

O TST já se pronunciou algumas vezes sobre esse tema, assim como os diversos Tribunais Trabalhistas das formas mais variadas possíveis, não havendo unanimidade no entendimento, todavia com uma crescente tendência em possibilitar a prática do monitoramento sem qualquer limitação objetivamente imposta, a não ser pela generalidade, impessoalidade e objetividade.

Analizamos, pela legislação comparada, que o tratamento acerca do tema também tem sido diverso nos mais variados Países, todavia chamou-nos a atenção o fato de haver na maioria deles uma evolução legislativa maior do que a existente em nosso País, seja para declarar a total possibilidade do monitoramento, como é o caso do Reino Unido, com a RIP, seja pela possibilidade temperada com critérios objetivos, como ocorre em Portugal, através da CNPD.

De toda forma, frisamos no decorrer de todo o trabalho, a importância da eficácia normativa da Constituição e a necessidade de interpretarmos todo o sistema normativo através do Princípio finalístico da dignidade da pessoa humana.

De fato, não podemos olvidar da proteção constitucional da propriedade privada conferida ao empregador, não obstante, será preciso que o operador do direito esteja em condições de interpretar esse tipo de conflito de maneira sistemática e harmoniosa, sempre com vistas à dignidade da pessoa humana.

Defendemos, no presente trabalho, critérios objetivos que, à luz da Constituição e do ordenamento jurídico pátrio, atendam tanto à legitimação do empregador, ansioso em defender sua propriedade privada, enquanto garantia constitucional, como ao empregado, igual merecedor de tutela constitucional, que não perde seus direitos à intimidade e à vida privada quando está sob o manto do poder fiscalizatório do empregador, porquanto este, jamais será ilimitado.

O dever anexo do contrato, que garante ao empregado, o direito de ser informado pelo empregador de todas as medidas fiscalizatórias, o direito ao controle meramente formal da correspondência, exceto quando há fortes indícios de mau uso da ferramenta, a possibilidade do uso deste e-mail corporativo, quando de senha privativa do usuário, para fins pessoais, nos limites da boa-fé e desde que não prejudique o bom andamento do serviço (uso social do e-mail), dentre outros, são critérios que estão em consonância com a nova ordem constitucional, encontrando guarida no limite intangível da dignidade da pessoa humana.

O operador do direito jamais poderá abrir mão dos valores construídos a tanto custo. A luta entre capital e trabalho continua incessante, mormente pelo surgimento de novas tecnologias que aumentam o lucro e a produtividade do tomador de serviços, de forma que o empregado ainda continua sendo a parte hipossuficiente na relação trabalhista, sendo este merecedor de uma tutela mais firme, sem a qual não será possível fazer Justiça.

REFERÊNCIAS

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

____ **A proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 09, mar/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

____ Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho. **Revista do TST, Brasília, vol. 73, nº 2, abr/jun 2007**. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 03 jun 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A Colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

CALVO, Adriana Carrera. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. **Revista Legislação do Trabalho**, n. 1, v. 73, jan. 2009.

___ O uso indevido do Correio Eletrônico no ambiente de Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

CASTILLA, Ramon. **Consecuencias jurídicas en el uso de Internet (II): aspectos penales y laborales**. Disponível em: <www.alfa-redi.org/revista/data/31-9.asp>. Acesso em: 23 out. 2009

CORREIA DE MELO, Bruno Herrlein. Aspectos jurídicos da fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 973, 01 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8014>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**, 39. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2022. v. 7.

FALCÃO, Felipe Hack de Barros. O monitoramento do e-mail corporativo e a restrição à privacidade do empregado. Novos debates no ambiente de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2151, 22 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12881>>. Acesso em: 15 Jun. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. I

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.

OLIVEIRA, Euler Sinoir de. A inconstitucionalidade da violação de *e-mail* do empregado pelo empregador. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, n. 10. jan./fev. 2006.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do Correio Eletrônico no ambiente de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=33486>>. Acesso em: 20 out. 2009.

PENA, Tânia Mara Guimarães. **O monitoramento do e-mail corporativo não viola os incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/tania.pdf>. Acesso em: 16 set. 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PORTUGAL. Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD). **Recomendações**. Disponível em: <<http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-controloE-mails-telefones-Internet.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2009

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito à dignidade e intimidade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2008.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A Boa-fé objetiva na relação contratual**. São Paulo: Manole, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010.

___ A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER, Fredie Jr. (org.). **Leituras complementares de Processo Civil**. 5. ed. Salvador: Podium, 2007.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.