

O CONTROLE DO *E-MAIL* DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR: VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Andréa Letícia Carvalho Guimarães¹

RESUMO: Este artigo tem por finalidade apresentar os resultados finais da pesquisa desenvolvida durante os meses de março de 2009 e fevereiro de 2010, que teve como órgão de fomento a FAPEMIG. A relevância do tema aumenta na medida em que se evidenciam diariamente os problemas nas relações de trabalho no que se refere ao controle do *e-mail* do empregado pelo empregador, o que pode gerar dependendo do caso violação de direitos fundamentais, como o direito à intimidade. Este relatório final, no formato de artigo, tem por objetivo relatar toda a pesquisa realizada no período indicado e trazer alguma contribuição ao estudo do Direito do Trabalho e as relações que ele tutela. O presente estudo pretende contribuir para a construção de fundamentos e soluções que possam evitar conflitos atinentes à utilização de *e-mail* em função do trabalho ou, ao menos, que possa servir de referência nas ações em que se discute tal questão. Portanto, a investigação se justifica pela necessidade da criação de uma política de utilização do *e-mail* no local de trabalho, de forma clara, propiciando o uso adequado de tão preciosa forma de comunicação sem violação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: *e-mail*; direitos fundamentais; relações de trabalho; empregado; empregador.

ABSTRACT: This article aims to present the final results of research research developed during the months of March 2009 and February 2010, which had agency fostering the FAPEMIG. The relevance of increases as evidence that daily problems in working relationships regarding the control of the *e-mail* employee by the employer, which can generate or not depending on the case violation of fundamental rights as the right to privacy. This final report, in an article, aims to report any research conducted in the selected period and bring some contribution to the study of labor law and relations that he tutelage. This study aims to contribute to building foundations and solutions that can prevent conflicts relating to the use of e-mail because of work or, at least that can serve as a reference in the actions we are discussing this issue. Therefore, research is justified by the need to develop a policy for using e-mail in the workplace, clearly, providing the proper use of this precious form of communication and no violation of fundamental rights.

Keywords: *e-mail*; fundamental rights; labor relations; employee; employer.

¹ Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia situada na Av. João Naves de Ávila, 2.160 - Campus Santa Mônica - 38408-100, Uberlândia - MG - Brasil, dedea_58@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Todos os brasileiros têm assegurados pela Constituição Federal de 1988 o respeito aos direitos fundamentais, aqui compreendidos como o conjunto de normas, princípios, prerrogativas e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna e igualitária, independente de credo, cor e condição econômica. Em regra, esses direitos são relativos, pois entende-se que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública bem como aos direitos e garantias fundamentais, os quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica. Portanto, quando há confronto entre eles deve-se observar proporcionalmente qual deve prevalecer e qual deve ser mitigado.

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande semelhança; no entanto, os primeiros têm uma menor amplitude do que o segundo. Intimidade diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade. A vida privada, por seu turno, envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais e de trabalho.

Como regra, as pessoas passam grande parte de suas vidas dentro do ambiente de trabalho. Tal circunstância não escapa ao direito, que procura assegurar aos seus integrantes um local respeitoso, seguro e saudável. Uma das formas de se alcançar tal objetivo é garantir que, no local da prestação de serviços, haja respeito aos direitos fundamentais, tanto dos empregados como dos empregadores. Contudo, no dia-a-dia da prestação laboral sempre há a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais, sendo necessário ao operador do direito verificar, no caso concreto, se algum deve ser preterido em função do outro. Exemplo claro de tal situação ocorre quando há questionamentos entre o direito do empregado de ver resguardada sua intimidade e o direito do empregador de proteger seu patrimônio.

O implemento das novas tecnologias nos locais de trabalho proporciona uma comunicação mais célere entre os membros da empresa e desta com seus consumidores e fornecedores. Seu incremento, entretanto, pode resvalar na intimidade das pessoas

quando estas, ao se valerem dos recursos que lhes são disponíveis, podem ameaçar direitos fundamentais.

Neste trabalho, pretendeu-se analisar a utilização de e-mail pelo empregado na prestação laboral e a possibilidade, ou não, de monitoramento pelo empregador. Em outras palavras, objetivou-se verificar se o monitoramento feito pelo empregador, do correio eletrônico utilizado pelo empregado, encontra-se dentro do poder diretivo patronal ou se tal ato viola os direitos fundamentais do empregado.

Atualmente, não há legislação específica traçando limites e responsabilidades quanto à utilização de e-mail pelo empregado, em função de contrato de emprego. Várias têm sido as demandas em que o Judiciário tem sido instado a se manifestar sobre a questão: pode o empregador monitorar o e-mail do empregado? O monitoramento deve ser apenas formal, ou pode ser vasculhado o conteúdo das mensagens? Caso seja possível o monitoramento, o mesmo diz respeito apenas ao e-mail corporativo (aqueles criados pela empresa para o empregado ou que trazem referência à empresa) ou também àqueles particulares, utilizado pelo empregado em serviço (e-mail criado pelo empregado para fins particulares e profissionais)?

Vale lembrar que vários negócios são entabulados, atualmente, via internet. É necessário ressaltar, também, que muitos crimes são cometidos pela mesma via. Por isso, a necessidade de compatibilizar os interesses e poderes dos empregadores, com certa autonomia e prudente utilização do *e-mail* pelo empregado.

Diante do exposto, faz-se necessária uma ampla discussão sobre o tema, de forma a permitir o estabelecimento de critérios objetivos para a utilização de e-mail no local e/ou em função do trabalho, sem violar a intimidade do empregado e sem expor o empregador a futuros processos decorrentes da má-utilização do correio eletrônico.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa foi feita através de análise da jurisprudência nacional e das doutrinas (nacional e estrangeira), notadamente a do Direito Constitucional e a do Direito do Trabalho. A via legal não foi objeto de análise porque o assunto ainda não encontra respaldo legislativo no Brasil.

Atendendo ao método dedutivo de pesquisa bibliográfica e visando a uma execução satisfatória desse plano de trabalho, analisou-se a doutrina dos autores

mencionados na bibliografia, sempre com enfoque constitucional, já que não é possível falar em direitos fundamentais sem entrelaçar as disposições contidas na Magna Carta com os regramentos estatuídos no Direito do Trabalho.

A fim de se alcançar uma execução satisfatória do plano de trabalho, adotou-se a pesquisa doutrinária, com o intuito de apreender as concepções teóricas a respeito do tema. Esta pesquisa utilizou-se dos tipos de pesquisa bibliográfica e documental. A seleção do material bibliográfico utilizado ocorreu após a leitura prévia de algumas obras, notadamente as que analisavam mais profundamente o tema e que possuíam, de forma reconhecida, maior repercussão e qualidade na seara da literatura jurídica. O método utilizado para este tipo de pesquisa foi o dedutivo, ou seja, a partir dos conceitos e proposições trazidas pelos textos selecionados é que se deu início à discussão do tema, para que fossem alcançados resultados e conclusões satisfatórias.

Portanto, este trabalho baseou-se na pesquisa bibliográfica, com a leitura e fichamento de obras pátrias e internacionais, visando elucidar questões referentes à possibilidade do monitoramento de e-mails do empregado pelo empregador e suas nuances no direito, na prática e na tendência jurisprudencial.

E, ainda, houve participação da pesquisadora em diversos Congressos, Seminários e grupos de estudo, buscando adquirir informações relevantes para a pesquisa em curso; houve, também, divulgação para a comunidade acadêmica sobre o andamento dos trabalhos realizados. Tais atividades foram discriminadas e comprovadas no relatório técnico parcial.

Por fim, seguiu-se à elaboração do Relatório Técnico Parcial, a avaliação dos resultados e conclusões e, logo após, a redação do Relatório Técnico Científico Final.

3. DISCUSSÕES E RESULTADOS

Na metade do século passado, começou a esboçar-se um novo cenário, hoje, mais consolidado: “a era da tecnologia”, que pode ser descrita, a grosso modo, como o desenvolvimento tecnológico nas diversas áreas, em especial, na comunicação e transmissão de informação, possibilitando a troca de conhecimento de forma rápida e barata, beneficiando diversos setores sociais.

As relações de trabalho não escaparam desse fenômeno, utilizando

massivamente dessas novas tecnologias, notadamente com a adoção do *e-mail* no ambiente laboral, como instrumento de comunicação interna e externa entre os empregados e empregadores, fornecedores, clientes, bem como de agentes que compõem essas relações.

A internet, mais especificadamente o *e-mail*, permite o incremento da produtividade do empregado, uma vez que informações para o desenvolvimento do trabalho acham-se disponíveis de maneira fácil e rápida. Podem-se efetuar transações comerciais, pesquisas, treinamentos, gerenciamento à distância de subsidiárias e troca de informações imprescindíveis para o deslinde do trabalho. Existem, atualmente, empresas que não exigem a presença física do empregado, com o chamado teletrabalho, podendo a execução das atividades ocorrer à distância, segundo parâmetros do empregador.

Entretanto, o uso de *e-mail* no local de trabalho pode resultar em dispensa do trabalhador em caso de uso indevido. A inadequação de uso normalmente envolve acesso a sites pornográficos; envio de mensagens ofensivas destinadas a terceiros ou a outros empregados; queda da produtividade pela utilização do correio eletrônico para tratar de assuntos não relacionados ao trabalho (como participação em chats de relacionamento, procura de outro emprego e até divulgação de informações sigilosas da empresa), etc.

Conforme se verifica em estudos divulgados nos EUA, Sérgio Ricardo Marques Gonçalves afirma que, no ambiente de trabalho, com acesso à internet, 87% dos empregados usam *e-mail* para assuntos alheios ao trabalho; 21% divertem com jogos e apostas; 16% planejam viagens; 10% enviam dados pessoais e procuram outros empregos, 3% conversam em chats e 2% visitam sites pornográficos. Entende o autor que o *e-mail* pode ser um risco para a entrada de vírus e vazamento de informações sigilosas ou confidenciais, se não for monitorado (GONÇALVES, 2002).

Desse modo, nota-se o surgimento de várias questões envolvendo a utilização de *e-mail* pelo empregado e, também, a discussão em juízo acerca do monitoramento desse pelos empregadores, dentre elas sobre a licitude – ou não – do monitoramento; sobre a extensão do monitoramento (deve ser apenas formal ou também é permitido vasculhar o conteúdo das mensagens?); sobre qual ou quais tipos de *e-mails* podem incidir o monitoramento (apenas sobre *e-mails* corporativos -aqueles criados pela empresa para o empregado ou sobre aqueles que trazem referência à empresa ou, também, sobre àqueles particulares utilizados pelo empregado em serviço para fins

particulares e profissionais)?

Os diversos questionamentos envolvendo a utilização do *e-mail* no ambiente de trabalho, sem que haja instrumental jurídico regulando-os, requer amplo estudo sobre a questão, de forma a impedir atitudes arbitrárias dos empregadores e abusivas dos empregados.

Entende-se, como regra que, como decorrência do poder diretivo², ao empregador é permitido controlar as atividades desenvolvidas na sua empresa, já que é responsável pelos atos praticados por seus empregados (em serviço) e responde pelos danos causados em seu nome.

Para tanto, cumpre analisar o art. 3º. da CLT que estabelece os requisitos necessários ao reconhecimento da qualidade de empregado, quais sejam, trabalho prestado de forma pessoal, não eventual, oneroso e subordinado. Por força do contrato, o empregado está subordinado ao empregador e, portanto, deve se submeter ao seu “poder de direção”. A fundamentação legal para o poder de direção do empregador está no art. 2º da CLT, quando estatui que lhe cabe dirigir “a prestação pessoal de serviços”.

Nesse compasso, a prática eletrônica abusiva por parte de seus empregados, tais como o envio de *e-mails* que possam caracterizar assédio moral e/ou sexual, entre outros, pode resultar em consequências de ordem civil, trabalhista e criminal para o empregador. Por tais razões, parte da doutrina e jurisprudência entende que é lícito o monitoramento do *e-mail* utilizado pelo empregado.

Todavia, tal poder, embora inerente ao contrato de emprego, não é ilimitado, encontrando-se demarcado pela licitude da ordem, pelos termos do contrato e pela razoabilidade. E é justamente o exercício do poder diretivo sem atenção à razoabilidade que normalmente resulta em violação dos direitos fundamentais do empregado.

No entanto, para que esse rastreamento ocorra é necessária a observância de outros direitos fundamentais, como o direito à intimidade e inviolabilidade de

²Faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como à atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida. O poder diretivo se dá por três principais maneiras, quais sejam: a) o poder diretivo de organização do empregado, organização que não deve ser apenas econômica, mas social, ou seja, cabe ao empregador determinar as normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado; b) o poder diretivo disciplinar, que é o direito do empregador de impor sanções disciplinares ao empregado, uma vez que o direito de propriedade assegura o poder hierárquico e disciplinar; e c) o poder diretivo de controle sobre o trabalho, que dá, ao empregador, o direito de fiscalizar o trabalho do empregado, sendo estendida não só ao modo de trabalhar, mas também ao comportamento do empregado.

correspondência, consagrados pela Constituição Federal (art.5º inc. X e XII) ³, estreitamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, base fundamental do ordenamento jurídico.

A primeira averiguação a ser feita no tocante ao monitoramento diz respeito à seguinte questão: podem ser monitorados, indistintamente, *e-mail* corporativo e *e-mail* pessoal? Três correntes se alinham: a que defende a possibilidade do monitoramento irrestrito; a que apregoa a impossibilidade absoluta do monitoramento e outra que admite a possibilidade do monitoramento, com restrições.

Todos que atuam com a informática têm o conhecimento de que o *e-mail* é uma modalidade de correspondência mediante o qual se pode enviar e receber mensagens por intermédio de uma caixa de correio de uma pessoa até a caixa de correio de outra, permitindo a emissão e recepção de mensagens.

É caracterizada, segundo Maria Natalia Oviedo, como um meio eletrônico, por utilizar-se de processadores de gestão e transporte; é assíncrono, por não necessitar de sincronia de envio e recepção; é ubíquo, porque permite seu acesso em diversos lugares; é digital por utilizar-se de informações digitalizadas; e, por fim, é informático, uma vez que mantém estreita relação com as tecnologias de informação (OVIEDO,2004,p.45 e 46).

Apesar de ser semelhante ao correio postal, não é um serviço postal, já que o depósito de mensagens eletrônicas não é, tecnicamente, uma caixa postal. Trata-se, tão somente, de um meio de comunicação, sendo o *e-mail* apenas um depósito de mensagens eletrônicas enviadas por um endereço virtual.

Para os efeitos da relação de emprego, o *e-mail* corporativo é uma ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao empregado para a realização de suas atividades laborativas, portanto, sobre ele incide o poder de direção do empregador e, conseqüentemente, o direito de o mesmo fiscalizar seu uso pelo empregado.

A partir das afirmativas acima, analisa-se se o monitoramento viola direitos fundamentais ou seria uma prerrogativa do empregador. A pesquisadora Ana Amélia Menna Barreto de Castro Pereira compreende que o preceito constitucional que

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

resguarda o sigilo de correspondência não se aplica ao *e-mail* corporativo, que não pode ser considerado correspondência, tal como definida pela legislação específica aplicável ao serviço postal. Aduz que a mensagem eletrônica não circula por meio do serviço postal previsto na lei, já que trafega pelo sistema operacional do empregador. Sustenta, ainda, que o sigilo que merece proteção se opera em favor do titular da ferramenta de trabalho, ou seja, o empregador, pois protege as informações confidenciais de interesse da empresa (CASTRO PEREIRA, 2003, p.12).

As características específicas que envolvem a mensagem eletrônica corporativa não encontram respaldo para enquadramento no preceito constitucional garantidor da inviolabilidade da correspondência, da intimidade e da vida privada do obreiro que se utiliza de sistema operacional na qualidade de usuário autorizado.

Por outro lado, outros sustentam que embora seja proporcionado pela empresa, o *e-mail* institucional é individualizado em nome do empregado e acessado por meio de senha. Desse modo, as mensagens enviadas e recebidas pelo correio eletrônico e o banco de dados estão protegidas constitucionalmente pelo mesmo sigilo destinado às cartas fechadas, pois se tratariam, afinal, da proteção do direito à intimidade do trabalhador.

Em sentença proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal, houve o entendimento de que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica sem a participação ou expressa anuência de algum dos integrantes da cadeia de comunicação eletrônica, caracteriza, por si só, a violação da correspondência e a quebra da legalidade⁴.

Todavia, há quem sustente que o *e-mail* corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, em virtude do depósito de confiança em que aquele que investe a este, acreditando que o *e-mail* será utilizado de forma condizente com a atividade desempenhada na empresa, ou seja, de forma adequada e ética.

A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de *e-mail* não é ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio empregador, utilizada para evitar que terceiros alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de *e-mail* da empresa.

Enfatiza-se que o monitoramento se faz necessário para proteger o patrimônio

⁴ TRT 10ª R. – RO 0504/2002 – 3ª T. – Relatora Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro – DJU 19-07-2002.

do empregador, de maneira a impedir a divulgação de informações sigilosas, e para evitar o mau uso dos equipamentos colocados à disposição do empregado.

A necessidade de harmonização dos direitos analisados (propriedade privada X intimidade/privacidade) é facilmente verificada já que nenhum direito pode ser exercido sem restrições. O direito de um termina onde começa o de outro, pelo que o direito à intimidade deve sofrer ajuste, limitação, ou mesmo ceder, quando existir a necessidade de tutelar outro direito igual ou mais relevante nas circunstâncias de cada caso.

De um lado, tem-se a propriedade privada que no contrato de trabalho está consubstanciada, materialmente, na propriedade dos equipamentos colocados à disposição dos empregados e, de forma imaterial, no poder diretivo que exerce para o controle da execução do serviço. De outro, tem-se o direito à intimidade e à inviolabilidade das correspondências.

Apesar de ainda ser um tema de divergência jurisprudencial, devido à ausência de lei específica, os Tribunais Superiores têm entendido que o direito à intimidade no trabalho é relativo, reconhecendo ao empresário a possibilidade de adotar medidas que entender oportunas de vigilância, controle e verificação do cumprimento das obrigações laborais.

Em segunda instância, a 3ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região entendeu de modo diverso. Veja-se a ementa:

“Justa causa. E-mail. Prova produzida por meio ilícito. Não-ocorrência. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais de direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta. TRT 10ª R. – RO 0504/2002 – 3ª T. – Relatora Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro – DJU 19-07-2002.”

No acórdão proferido pelo TST, no processo nº TST- RR-613/2000-013-10-00, nota-se uma tendência de se considerar lícito o monitoramento do *e-mail* corporativo, como pode ser observado:

“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 louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o -e-mail- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. 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 LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

Processo: RR - 613/2000-013-10-00.7 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005”⁵.

Por outro lado, em relação ao *e-mail* particular, propõe-se um monitoramento meramente formal. Com efeito, o empregador pode até bloquear

⁵ TST - RR/613/2000-013-10-00.7 - TRT10ª R. - 1T - Rel. Ministro João Oreste Dalazen - DJU 10/06/2005 - P. 901.

(indiretamente) ou proibir diretamente o acesso em horário de trabalho, mas não poderá exercer controle material, quer dizer, que não pode rastrear o conteúdo das mensagens.

O *e-mail* pessoal é um meio de comunicação de natureza estritamente subjetivo e, portanto, inviolável, não podendo ser confundido com o *e-mail* corporativo. Na qualidade de e-mail pessoal, somente poderá ser vasculhado mediante prévia autorização do próprio empregado ou, ainda, mediante autorização judicial, sendo que, neste último caso, ressalva-se a possibilidade de não ficar restrito, apenas, à instrução processual penal.

Portanto, o controle exercido no correio eletrônico corporativo deve ser diferente do que é executado no pessoal. No primeiro, o controle pode ser material (em relação ao conteúdo) e formal (quantidade, horários de expedição, destinatários); já no segundo, o controle deve ser apenas formal sob pena de violar direitos fundamentais do empregado.

Não se pode perder de vista o direito do empregador de proteger seu patrimônio; a sua responsabilidade civil incide sobre os atos de seus funcionários no exercício do trabalho que lhes competem e, ainda, deve ser respeitado seu poder de direção que compreende a organização e o controle de seu empreendimento e o poder disciplinar sobre seus empregados.

Diante do contexto supra pergunta-se: como preservar os direitos fundamentais do empregado, sem retirar do empregador o poder diretivo? Como estabelecer limites ao poder diretivo do empregador e ainda assim permitir que conduza seu empreendimento de forma satisfatória? Como evitar a disseminação de inúmeras - e muitas vezes infundadas - ações judiciais?

Somente o estudo aprofundado do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho permitirão vislumbrar soluções para resolver o aparente conflito de direitos que se coloca no embate diário entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e o poder diretivo dos empregadores. Faz-se necessário analisar o uso do e-mail do empregado e a possibilidade do seu monitoramento pelos empregadores, com o intuito de compatibilizar as duas situações sem violação dos direitos fundamentais por nenhuma das partes da relação empregatícia, através do prisma do novo paradigma constitucional- o neoconstitucionalismo.

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como

principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Nesse sentido, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico. Dentro desse quadro, estabelece-se a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, dentre elas objeto do nosso estudo, a interpretação dos casos concretos, como o monitoramento do e-mail, conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos.

O novo panorama constitucional estabelece que a solução para os problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, mediante à apreciação dos fatos relevantes, analisados topicamente; e ao juiz, não mais caberá a função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Assim sendo, para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: reportar sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento; utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade; levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Por conseguinte, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Isso é identificado pela doutrina como “filtragem constitucional”. Toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob o viés da constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos

sob uma ótica constitucional.

Outro elemento importante desse novo paradigma é a premissa da máxima efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, esses direitos passam a ter grande importância dentro do sistema jurídico, irradiando seus valores por todo ordenamento. Assim, deixam de ter apenas eficácia vertical (Estado e indivíduo) e começam a ter eficácia horizontal, o que significa a sua irradiação nas relações também entre particulares.

O Direito do Trabalho era marcado pela tendência da livre iniciativa e da autonomia da vontade. Ao longo do século XX, esse quadro, todavia, se alterou. O desenvolvimento de superação do liberalismo pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores, designados como de ordem pública. A isso se denomina publicização do direito privado.

Nessa perspectiva desenvolve-se o neoconstitucionalismo, que compreende a Constituição não como um documento maior de direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade.

A interpretação tradicional enfatizava totalmente o sistema jurídico para o qual a norma deveria ser interpretada e aplicada ao caso concreto. Nela estaria toda a solução para reger a problemática debatida. O problema forneceria de maneira completa todos os elementos fáticos necessários para incidir sobre a norma. E o intérprete teria a função de identificar a norma a ser aplicada naquele caso, revelar o seu alcance e fazê-la incidir na hipótese elencada.

Entretanto, na interpretação contemporânea, a norma jurídica é apenas o início da solução para o caso apresentado, devendo recorrer ao texto constitucional e a técnica legislativa das cláusulas gerais⁶. E, ainda, a norma deve ser considerada em consonância com a realidade que está inserida e não se deve apenas observar só o seu texto normativo.

Nesse compasso, o problema passa a ser o fornecedor de parte dos elementos que irão interpretar a norma e contribuir para a produção do direito. E o papel do intérprete não se reduz apenas ao conhecimento técnico, mas a todo arcabouço teórico, ideológico, que compõe a sua compreensão de mundo. Ele acaba observando os casos na forma como apreende a realidade em conjunto com valoração social e política sobre

⁶ Cláusulas gerais são normas que não prescrevem certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas.

a qual se embasa e toma decisões.

Desse modo, o Direito do Trabalho e todas as questões que o envolvem devem ser analisado sob o viés constitucional, ensejando uma interpretação contemporânea dos casos concretos, em que muita das vezes há a colisão de normas constitucionais que podem ser de três tipos: colisão entre princípios constitucionais; colisão entre direitos fundamentais; colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

Observa-se que as colisões decorrem da complexidade e o pluralismo das sociedades modernas, e da diversidade de valores e interesses que se abrigam na Constituição Federal de 1988, o que acaba repercutindo nas relações trabalhistas.

Destarte, considera-se o monitoramento como um sistema de verificação por meio das próprias ferramentas eletrônicas das mensagens pela rede mundial de informações eletrônicas ao destinatário investigado, assim como dos respectivos conteúdos destas mensagens.

Devido ao aumento da utilização do sistema eletrônico, quer no âmbito pessoal ou na esfera do trabalho, constata-se com frequência a utilização indiscriminada da internet e de seus instrumentos no espaço laboral. Como decorrência, os empregadores sentem necessidade de criar formas de fiscalização, a fim de proteger a sua propriedade de eventuais abusos desse meio de comunicação.

Nesse compasso, surge o conflito decorrente do controle, em que o empregador, amparado no poder diretivo⁷ fiscaliza o *e-mail* do empregado, podendo invadir direitos fundamentais constitucionalmente assegurados como o direito à intimidade (artigo 5º, inciso X, CF)⁸ e de sigilo de correspondência (artigo 5º, inciso XII,CF)⁹. Ressalta-se,

⁷ Poder diretivo do empregador é a faculdade atribuída a ele de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida.

⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

ainda, que o empregador tem a necessidade de proteger seu patrimônio¹⁰.

Necessário se faz construir um equilíbrio para equilibrar o conflito. Deve-se ponderar entre as necessidades empresariais - como imposição do direito de propriedade, e proteção dos direitos à intimidade e sigilo de correspondência do empregado. Se esse equilíbrio não for encontrado, através da ponderação entre normas, haverá desarmonia das relações trabalhistas e violação dos preceitos constitucionais.

Portanto, o *e-mail* deve ser utilizado com a observância às regras mínimas de uso e de convivência, estabelecidas entre os sujeitos da relação laboral, evitando abusos e prejuízos às empresas. Por seu turno, o empregador, no exercício do monitoramento, deve respeitar os limites constitucionalmente assegurados, não controlando *e-mails* pessoais. Para tanto, deverá utilizar meios menos invasivos, sempre com a devida previsão contratual, não omitindo a comunicação aos empregados de que estão sendo monitorados.

4. CONCLUSÕES

A natural complexidade das relações trabalhistas faz surgir diuturnamente várias questões, sempre muito polêmicas, que ensejam amplo debate, notadamente quando carecem de regulamentação legal específica. Tais questões mostram-se como um campo fértil a ser trabalhado, principalmente no que concerne ao desenvolvimento de novas formas de construção do direito. Faz-se necessário o entrelaçamento entre o direito constitucional e o direito do trabalho, para que este encontre respaldo ao ser interpretado e fique em perfeita sintonia com o sistema jurídico.

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Assim, no plano dos direitos fundamentais, pode haver conflitos entre direito à intimidade e direito à honra; entre direito de privacidade e direito à propriedade.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema por não ser

¹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade”.

possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas.

Dessa forma, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Diante dos estudos incipientes, compreende-se que o instrumento que deverá ser utilizado pelo intérprete é o princípio da razoabilidade.

Conclui-se que não fere o direito fundamental à intimidade e ao sigilo de correspondência o monitoramento de *e-mail* corporativo pelo empregador, desde que previamente cientificado ao empregado. Contudo, tendo em vista a natureza dos interesses envolvidos no monitoramento do correio eletrônico, notadamente a discussão em torno da violação ou não de direitos fundamentais, deve o Estado assumir o papel de agente assegurador das liberdades públicas, definindo, por meio de legislação específica, os limites na utilização da correspondência eletrônica no trabalho. Os estudos acerca do tema devem ser desenvolvidos de forma rápida para acompanhar as mudanças, justificando-se pronta atuação legislativa, que certamente abreviará anos de discussão e incertezas.

5. AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de aproveitar este tópico para agradecer pessoas que contribuíram direta e indiretamente para a conclusão desta pesquisa em tempo hábil.

Primeiramente, agradeço a minha família e a Deus por estarem sempre ao meu lado, bem como a todos professores e estudantes que contribuem efetivamente para a pesquisa na Universidade Federal de Uberlândia, em especial na Faculdade de Direito Professor”Jacy de Assis”.

Devoto, ainda, meus agradecimentos a agência de fomento FAPEMIG pelo apoio e crença em despertar vocações científicas, sem qual não seria possível a realização deste trabalho. E, também, pela expectativa em mim depositada, por acreditar na relevância do trabalho em questão, o qual contribuiu no meu crescimento intelectual e enriquecimento acadêmico.

Agradeço a minha orientadora Tânia Mara Guimarães Pena não só por ter contribuído no desenvolvimento da pesquisa, mas também por mostrar um caminho de conduta como pessoa e profissional do Direito.

Ademais, reconheço os esforços da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” em auxiliar as pesquisas dos discentes da instituição, contribuindo para o crescimento teórico e científico dos pesquisadores.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, V. e COURTIS. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

ACOSTA, Miguel Lorente e ACOSTA, Antonio Lorente. **Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso**. Granada: Editorial Comares, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. **Dano moral na Justiça do Trabalho**, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 16, março/98.

_____. **Proteção à Intimidade do Empregado**, São Paulo:LTr, 1997.

_____. **Discriminação no emprego por motivo de sexo**, in VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (org.), *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

ALEXY, R. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 74, jul./set. 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27/06/2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/ abril/ maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27/06/2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 18ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Portugal, Livraria Almedina, 1992.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MARRUL, Indira Bastos. **A indivisibilidade dos Direitos Humanos: da desagregação à integração**, BAHIA ANÁLISE & DADOS, Salvador, v. 14, n. 1, p. 9-24, jun.2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PACHÉS, Fernando de Vicente. **El Derecho del Trabajador al Respeto de sua Intimidad**. Madrid, Colección Estudios, 1998.

PENA, Tânia Mara Guimarães. **Dano moral causado pelo empregador**. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998, dissertação, mimeo.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio, **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALES, Cleber Martins. **O Mercado de trabalho e a boa aparência**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, n.21, n.1-1, p. 223-226, jan.dez/2001.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto de Direito Constitucional, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^oed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SIMON, Sandra Liz. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: Editora LTr, 2000.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.