



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade
Especialização em Economia e Gestão das Relações de Trabalho

**O CONTROLE SOBRE O USO DO E-MAIL
CORPORATIVO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Nattacha Vetev Lima

São Paulo

Outubro / 2012



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

O CONTROLE SOBRE O USO DO E-MAIL CORPORATIVO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Nattacha Vetev Lima

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Economia e Gestão das Relações de Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Coordenação Geral de Especialização e Aperfeiçoamento e Extensão; requisito parcial para conclusão do curso, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Rosa Maria Marques.

São Paulo/SP, outubro de 2012

LIMA, Nattacha Vetev. O CONTROLE SOBRE O USO DO E-MAIL CORPORATIVO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, São Paulo, PUCSP - COGEAE, 2012, 41 p.

(Monografia apresentada ao Curso de Especialização de Economia e Gestão das Relações de Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Coordenação Geral de Especialização e Aperfeiçoamento e Extensão; requisito parcial para conclusão do curso, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Rosa Maria Marques)

Palavras-Chave: E-mail corporativo, Brasil – Diminuição da Produtividade, Brasil – Controle e gestão das relações de trabalho, Brasil.

À minha família, fonte de eterno amor e carinho, pessoas que fazem cada segundo dessa vida valer a pena, por todo o apoio oferecido e, de certa forma, por todas as boas horas de convívio que nos privamos para que fosse possível realizar o sonho de aproveitar ao máximo este curso.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, fonte de inesgotável saber, berço do conhecimento bandeirante, por todo o apoio oferecido.

Aos professores do curso Especialização em Economia e Gestão das Relações de Trabalho da PUC/SP, por todo conhecimento compartilhado e repassado.

À minha querida orientadora, Professora Rosa Maria Marques, exemplo de mulher e profissional, agradeço por todos os conhecimentos compartilhados, por toda a paciência, orientação e aconselhamentos.

RESUMO

As novas tecnologias modificam a vida das pessoas, fazendo surgir novos conflitos e novas necessidades.

O uso do e-mail corporativo pelas empresas traz diversos benefícios, afetando diretamente a produção das empresas. Enquanto ferramenta de trabalho, o e-mail corporativo está submetido à fiscalização do empregador, que poderá analisar o conteúdo das mensagens enviadas e recebidas, inclusive utilizando-as para uma possível justificativa de demissão.

O controle sobre o uso do e-mail é uma ferramenta do gestor para garantir a produção esperada, contudo, deverão ser compatibilizados os direitos da intimidade do empregado e o poder de direção do empregador, inclusive punindo abusos no exercício desses direitos.

ABSTRACT

New technologies change people's lives, making emerging new conflicts and new needs.

The use of e-mail for corporate business brings several benefits, but affects the production. But this e-mail as a tool of work, is subject to review by the employer, who can analyze the content of messages sent and received, including using them for a possible reasons for resignation.

Control over the use of e-mail is a tool of the manager to ensure the expected production, however, must be reconciled the employee's privacy rights and the employer's management power should be harmonized, including punishing abuses in the exercise of those rights.

SUMÁRIO

	Pág.
Introdução	01
Capítulo I - A Internet no Ambiente de Trabalho	04
1. O e-mail	05
2. Vantagens	05
3. Redes de Comunicação: internet, intranet e extranet	06
4. E-mail corporativo	07
4.1. Objetivo de sua criação	08
5. Impactos dos Desvios na Atividade Empresarial	10
Capítulo II - Aspectos da Legislação Relacionados ao Uso do E-mail Corporativo	13
1. A Dignidade da Pessoa Humana	13
2. Os direitos da personalidade	15
2.1. Ideias iniciais	15
2.2. Características	17
2.3. Violação e Reparação	18
2.4. A intimidade	20
3. Relações de Emprego	22
3.1. Análise da relação de emprego	22
3.2. Princípios que regem as relações de emprego	23
a) Princípio da Proteção	23

b) Princípio da Aplicação Norma mais Favorável	24
c) Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas	24
d) Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas	24
e) Princípio da Condição mais Benéfica	25
f) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva	25
g) Princípio da Intangibilidade Salarial	26
h) Princípio da Primazia da Realidade	26
i) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego	26
j) Princípio “in dubio pro operario”	26
3.3. Trabalhador	27
3.4. Empregador	28
4. Poder de Direção	30
a) Poder de Organização	31
b) Poder de Controle	32
c) Poder Disciplinar	33
5. O Abuso do Direito	33
5.1. Abuso do Empregado	34
5.2. Abuso do Empregador	34
6. A intimidade e o poder de fiscalização	35
Conclusão	38
Bibliografia	40

Introdução

A globalização e a popularização da internet transformaram o e-mail numa ferramenta de comunicação indispensável para o dia-a-dia das pessoas. De acordo com pesquisa realizada pela Federação e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp/Ciesp), junto a 1.700 indústrias paulistas, 83% delas empregam o e-mail para as mais diferentes atividades ligadas a seus negócios.

Pelo correio eletrônico circulam solicitações do chefe, relatórios de subordinados, comunicados da diretoria, contatos com clientes e fornecedores, contratações, decisões de compra e venda etc. Isso sem contar as correntes e piadas dos amigos, cartões virtuais da namorada ou namorado, recadinhos dos pais e infundáveis propagandas indesejadas. E é bem provável que esse número continue crescendo com a disseminação da internet e o constante estímulo à utilização do correio eletrônico na comunicação empresarial.

O necessário uso de tecnologias no ambiente de trabalho modificou de forma intensa a vida de trabalhadores e empregadores, fazendo surgir novos conflitos e novas necessidades.

Em outras palavras, as relações de trabalho sofreram diversas modificações com a difusão e uso de tecnologias no ambiente laboral e um exemplo de afetação na produção de uma empresa é o dado pelo pesquisador Marcelo Thalenberg (2006), que detectou que o uso inadequado do e-mail corporativo afeta diretamente a produtividade das empresas brasileiras, pois, cada funcionário perde mais de 1 hora por dia apenas checando e enviando e-mails pessoais, prejudicando suas atividades e obrigações. Apenas com esse dado inicial, que certamente já está subestimado se comparado à realidade da internet atual com o Facebook, Orkut, Messenger e outras mídias e redes sociais que não existiam quando da pesquisa de Thalenberg, podemos mensurar o quanto possíveis desvios dos funcionários durante a jornada de trabalho podem representar no faturamento das empresas e no próprio PIB nacional, motivo que por si só justifica a escolha do tema para análise em nível de especialização em Economia e Gestão das Relações de Trabalho.

Só para que se tenha ideia de como o objeto estudado nesta monografia pode afetar a economia de um país, pesquisas recentes publicadas pela consultoria americana *Red & App*, em setembro de 2012, dão conta de que as “escapadinhas” dos empregados durante a jornada de trabalho para consultas de e-mails pessoais e mídias sociais impactam a economia norte-americana em mais de US\$ 650.000.000.000,00 (seiscentos e cinquenta bilhões de dólares) por ano.

Contudo, não há dúvidas de que o uso do e-mail pelas empresas é fundamental. É uma verdadeira questão de sobrevivência empresarial, onde há a necessidade de adaptação simultânea do ritmo de trabalho com as novas tecnologias. Aliás, o e-mail nem é uma tecnologia tão nova assim, mas com sua disseminação global, o seu uso se tornou imprescindível.

Neste cenário não haveria alternativa senão a *fiscalização*. E é aqui que a relação trabalhista fica mais sensível.

Quando uma pessoa troca mensagens com outra, pode revelar fatos e opiniões que gostaria de ver resguardados do conhecimento de terceiros. Essa privacidade e intimidade a que o trabalhador tem pleno direito podem ser violadas em casos de intromissão indevida ou exagerada do empregador-fiscalizador.

O empregado possui o direito de ter sua vida íntima preservada. A intimidade é o modo pelo qual uma pessoa resguarda para si os seus assuntos próprios, excluindo do conhecimento dos outros aquilo que só a ela refere; é uma exigência moral da personalidade para que em determinadas situações o indivíduo seja deixado em paz, e tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade.

Entretanto, o empregador também possui o direito de preservar seu negócio e buscar fomentar o progresso da atividade desenvolvida. Por ser o detentor do risco da atividade empresarial possui prerrogativas para a gestão do negócio, e uma dessas prerrogativas é o poder de controle e fiscalização. Assim, o empregador tem o poder de ordenar as atividades do empregado, inserindo-as no conjunto das atividades de produção, e fiscalizar se o estipulado está sendo cumprido. A fiscalização é um direito do empregador para verificar se

os salários que paga estão sendo correspondidos. Contudo, a fiscalização não é um poder ilimitado.

Privacidade do empregado. Direito de fiscalização do empregador. Não há dúvidas que ambos os direitos são legítimos e possuem guarida no ordenamento jurídico nacional. A compatibilização entre estes interesses de forma ponderada e razoável é que deve ser a tônica do relacionamento.

Nesta monografia serão analisados os principais aspectos que envolvem o assunto, de modo a compreender se o controle sobre o uso do e-mail corporativo é legítimo, e se este controle pode ser considerado como uma verdadeira ferramenta para gestão das relações de trabalho.

Para tanto, temos dois pilares de estudos que nos darão base para as conclusões pretendidas: 1) Iniciamos nossos estudos analisando como a internet e a revolução cibernética afetaram o ambiente de trabalho, e a indispensabilidade do e-mail corporativo nas rotinas de trabalho atuais. 2) Passadas estas análises, nos debruçamos nos estudos sobre a composição das principais regras jurídicas trabalhistas sobre o assunto, de modo a aferir a licitude das práticas de fiscalização do patrão sobre os e-mails dos empregados e suas consequências práticas. Além disso, institutos correlatos fundamentais são abordados, como a formação de uma relação de emprego, seus sujeitos, análise dos direitos da personalidade etc.

Capítulo I

A Internet no Ambiente de Trabalho

A revolução cibernética tem provocado mudanças de paradigma nas relações de trabalho. Dentre elas, a utilização de recursos eletrônicos como ferramentas laborais, afetando desde os resultados obtidos e projetados, a até mesmo as metodologias empregadas para gestão das pessoas.

Quando falamos em e-mail corporativo, estamos falando de uma ferramenta utilizada pela quase totalidade das empresas ao redor do mundo, o que representa um novo marco nas relações de trabalho e uma verdadeira revolução cibernética laboral.

Contudo, embora não seja mais algo tão incipiente no cotidiano das relações trabalhistas, ainda verificamos diversos abusos sendo cometidos, desvios de finalidades das ferramentas de trabalho, intromissão na privacidade alheia etc.

Tendo em vista o descompasso entre a evolução social e as práticas de gestão trabalhista, a presente pesquisa se propõe a estabelecer uma breve discussão a respeito do tema, propondo conclusões e soluções para diversos pontos dessa temática.

Como mencionado anteriormente, a globalização e a popularização da internet transformaram o e-mail numa ferramenta de comunicação indispensável para o dia-a-dia das pessoas.

Neste capítulo analisamos os principais conceitos de tecnologia da informação que são fundamentais à compreensão de como funcionam as redes de comunicação das empresas, tais como, e-mail, internet, extranet, intranet, e-mail corporativo etc, análise a ser iniciada pelo e-mail.

1. O e-mail

E-mail nada mais é do que um meio de transmissão de conteúdo à distância, através de uma rede de comunicações, ou, simplesmente, um sistema mediante o qual se pode enviar e receber mensagens.

Trata-se de um invento de Ray Tomlison (1971), que foi desenvolvido por meio do envio de uma mensagem entre dois computadores, um ao lado do outro, em um quarto de Cambridge, Massachusetts. Para diferenciar o nome do remetente no computador em que trabalhava utilizou a letra arroba (“@”), que em inglês significa *at* (em tal lugar); pois o símbolo teria pouco uso e não seria confundido com outras instruções. Naquele momento, não foi dada a devida importância à invenção do engenheiro Tomlison, que não comunicou seu descobrimento a seu chefe "*porque poderia ser considerado perda de trabalho*" (PAIVA, 2002).

O termo *e-mail* é aplicado tanto aos sistemas que utilizam a internet e são baseados no protocolo SMTP, como aqueles sistemas conhecidos como intranets, que permitem a troca de mensagens dentro de uma empresa ou organização e são, normalmente, baseados em protocolos privados.

Esse correio eletrônico é caracterizado por ser: *um meio eletrônico* (pois utiliza formas eletrônicas de gestão e transporte); *assíncrono* (por não necessitar de sincronia de envio e recepção); *ubíquo* (por permitir seu acesso em diferentes lugares); *digital* (por utilizar informação digitalizada); *informático* (por estar relacionado com as tecnologias de informação).

É o padrão da comunicação moderna.

2. Vantagens

Como já foi dito, o e-mail serve para transmitir/enviar informações dentro de uma rede. O e-mail é um meio utilizado para enviar mensagens de um computador a outro através da rede de comunicações, um equivalente eletrônico do correio convencional.

Possui inúmeras vantagens em relação ao sistema de correio convencional, dentre as quais podemos citar: a rapidez, a confiabilidade na recepção e envio das mensagens; a facilidade de arquivar e reenviar mensagens; além da integração e do baixo custo.

3. *Redes de Comunicação: internet, intranet e extranet*

Qualquer pessoa pode formar uma rede de comunicação. Muitas pessoas possuem em seus escritórios redes internas próprias, que permitem a comunicação entre os membros dessas redes.

A internet nada mais é do que uma rede de comunicação em escala global, que utiliza padrões abertos com acesso a milhões de servidores em todo o mundo, sem restrições. É conhecida como a maior rede de computadores do mundo e permite trocar informações dos mais variados assuntos, enviar mensagens, conversar com milhões de pessoas ou apenas ler as informações de qualquer parte do planeta.

Carla de Souza Gonçalves (2009, p. 30) lembra que com a criação da internet as mensagens passaram a ser instantâneas, de alcance mundial; e através dela se pode obter inúmeros benefícios, como o acesso a arquivos, relatórios e até mesmo a possibilidade de participação remota simultânea em reuniões com pessoas localizadas em qualquer parte do mundo.

Já a intranet compreende o uso isolado de todos os recursos da tecnologia da internet, mas em âmbito restrito de uma rede privada. Ou seja, enquanto a internet é uma rede pública de comunicação, a intranet é uma rede particular de comunicação, com todos os recursos da rede pública, mas com acesso restrito aos membros da rede.

Um sistema de intranet em uma empresa pode ser responsável pela agilidade de comunicação entre seus funcionários, garantindo coerência nessas informações, com total segurança. A grande vantagem é que esse sistema é acessado internamente, sem riscos de "pessoas não autorizadas" invadirem a rede. Para Amauri Mascaro Nascimento (2005, p. 471), a intranet é

“uma rede interna numa empresa para comunicação recíproca entre todo o seu pessoal, numa mesma sala, ou em salas diferentes, em seções diversas, em andares diversos, em estabelecimentos situados em localidades diferentes, entre diretoria e chefias, que ajuda a troca de instruções e a divulgação de ordens de serviços, para um, alguns ou todos os empregados, a ponto de permitir a localização e recuperação de informações internas atualizadas no seu banco de dados e agilizar a integração dos recursos humanos, de modo que disponibilize avisos, como aviso prévio de férias, de dispensa, comunicação de desligamentos, de concessão de vantagens trabalhistas e de reajustes salariais gerais e outros”.

Da combinação da intranet com a internet surge a chamada *extranet*. Imagine que uma empresa possui uma rede interna (intranet) para comunicação dos seus funcionários, mas também permite que os mesmo acessem a internet. A essa junção é que se dá o nome *extranet*. Um sistema de *extranet* garante a comunicação entre o usuário da rede privada (intranet) e o "mundo exterior", havendo a possibilidade de imposição de restrições de acessos a determinados conteúdos.

4. E-mail corporativo

A ideia de e-mail corporativo está associada à ideia de intranet. Isto porque o e-mail corporativo é um instrumento de trabalho cedido aos empregados de uma corporação (uma empresa) para que os mesmos possam se comunicar internamente e possam se comunicar com as pessoas que se relacionam com essas corporações.

O e-mail corporativo se assemelha ao e-mail particular, mas possui uma particularidade que é de ter o seu uso destinado às tarefas laborais. É efetivamente um instrumento de trabalho.

4.1. Objetivo de sua criação

O avanço das novas tecnologias trouxe inúmeras consequências. Qualquer pessoa pode entrar num sítio da internet e obter informações disponíveis nele. Muitas vezes as empresas possuem dados confidenciais que devem ser resguardados, mas ao mesmo tempo devem ser divulgados para os membros dessa empresa. Seria muito simples enviar uma cópia impressa para cada funcionário, mas acontece que isso não é nem um pouco viável na atualidade, por diversos motivos (acúmulo de folhas, dificuldade de arquivamento, retrocesso tecnológico, manuseio complicado etc.), e justamente por isso optam por manter uma rede interna, de acesso restrito aos interessados. É a garantia da privacidade corporativa.

Nem todas as pessoas possuem uma conta particular de e-mail, mas todas as pessoas que exercem alguma atividade profissional precisam se comunicar. Para permitir o ingresso dessa pessoa no mundo da comunicação digital a empresa fornece uma conta de e-mail corporativa, que suprirá essa deficiência. É a necessidade de comunicação, necessidade social básica.

Outro problema que surgiu com a expansão da internet foi a possibilidade de infestação de um computador com possíveis vírus, trazendo malefícios imensuráveis para as empresas; situação que é muito comum para quem utiliza redes de comunicação abertas, como a internet, motivo pelo qual as empresas incentivam o uso apenas da intranet. Não apenas os vírus causam esses problemas, mas existem outros, como os “worms” e o “cavalo-de-tróia”. Os significados destes termos podem ser encontrados no *site* da Microsoft:

- Vírus é um código de computador que se anexa a um programa ou arquivo para poder se espalhar entre os computadores, infectando-os à medida que se desloca.
- Worm, assim como um vírus, cria cópias de si mesmo de um computador para outro, mas faz isso automaticamente. Primeiro, ele controla recursos no computador que permitem o transporte de arquivos ou informações. Depois que o *worm*

contamina o sistema, ele se desloca sozinho. O grande perigo dos *worms* é a sua capacidade de se replicar em grande volume.

- Cavalos de Tróia são programas de computador que parecem ser úteis, mas na verdade comprometem a sua segurança e causam muitos danos, ingressando na sua máquina e fazendo estragos com a sua permissão de entrada.

Esses males tecnológicos, via de regra, só danificam sistemas com a ajuda de ações humanas, ou seja, uma pessoa deve “abrir as portas” de seu computador e de sua rede para a entrada desses programas. Por isso é interessante para as empresas a manutenção de uma rede interna de comunicação, que diminui em muito os riscos, por diminuir a exposição. Ou seja, as empresas precisam que seus empregados se comuniquem e, ao mesmo tempo, precisam se proteger do “mundo exterior”, daí a ideia de criar um e-mail corporativo, viabilizando a comunicação e diminuindo seus riscos.

Outro ponto que não pode ser desconsiderado é o da divulgação comercial da empresa e da respeitabilidade que seu signo transmite. Um funcionário, além de se comunicar com seus colegas de trabalho, se comunica com o mundo exterior. Dessa forma, ao possuir um domínio na internet, e ao ceder uma conta de e-mail para um funcionário, a empresa estará divulgando seu nome para todas as pessoas com as quais os seus funcionários se comunicarem. Além desse aspecto, há ainda o caráter de aumentar a segurança por parte de quem recebe um e-mail de uma pessoa com a identificação da empresa que ela representa. Por exemplo, a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) possui o domínio “www.pucsp.br” e seus funcionários possuem uma conta de e-mail com o formato “nome@pucsp.br”, assim, toda pessoa que se comunicar com um funcionário da PUC/SP saberá que o e-mail recebido tem origem e respeitabilidade que acompanham o nome da PUC, saberá que se trata de um assunto profissional ligado às suas relações com a PUC, além do que é mais uma forma de propagar e difundir o nome da própria Universidade.

Enfim, talvez existam diversos outros motivos que justifiquem a criação de uma rede privada de comunicação e de um e-mail corporativo, por exemplo, redução de custos,

rapidez e barateamento na comunicação, agilidade nas decisões, satisfação no ambiente de trabalho, aumento da produtividade, maior competitividade da empresa, troca de informação etc, mas entendemos que esses acima listados sejam suficientes para demonstrar sua importância.

5. Impacto dos Desvios na Atividade Empresarial

Por tudo o que foi visto até agora, não há como negar a imprescindibilidade do uso da internet e dos e-mails como ferramenta de trabalho pelas empresas na atualidade.

Contudo, não é apenas o risco de exposição da rede interna da empresa a vírus e *worms* que preocupa os empregadores.

A cada dia cresce o volume de horas de trabalho desviadas pelos funcionários com assuntos particulares, fator que afeta diretamente a produção empresarial, os resultados da empresa e do próprio país.

Na tentativa de quantificar o impacto destes desvios nos resultados de uma empresa, a consultoria *Red & App* (2012) desenvolveu um infográfico que mostra como as interrupções influenciam a produtividade dos funcionários. Nesta pesquisa, feita no mercado norte-americano, mas que poderia ser aplicada diretamente na realidade brasileira, foram mensuradas quantas “escapadinhas” são feitas durante o dia aos mais populares serviços, como Facebook, Twitter e E-mails.

Segundo esta pesquisa, funcionários interrompem suas tarefas uma vez a cada 10,5 minutos para checar e-mails e contas de redes sociais, ou seja, quase seis “escapadinhas” por hora. Outro dado interessante é que quase metade dos funcionários, segundo o infográfico, acredita poder realizar mais de uma tarefa ao mesmo tempo, o que não seria real segundo a análise, porque, tarefas realizadas simultaneamente levam, em média, 30% mais tempo para serem finalizadas do que se fossem feitas sequencialmente.

No que diz respeito aos e-mails, objeto de estudo da monografia, o envio e a leitura de mensagens durante o expediente sugaria 28% do tempo total disponível pelos funcionários.

Já o Facebook, segundo a análise, tomaria dos funcionários 405 minutos (quase 7 horas) por mês de tempo que deveria ser produtivo. E no caso do Twitter, os valores são um pouco menores, representando 89 minutos por mês, cerca de 3 horas.

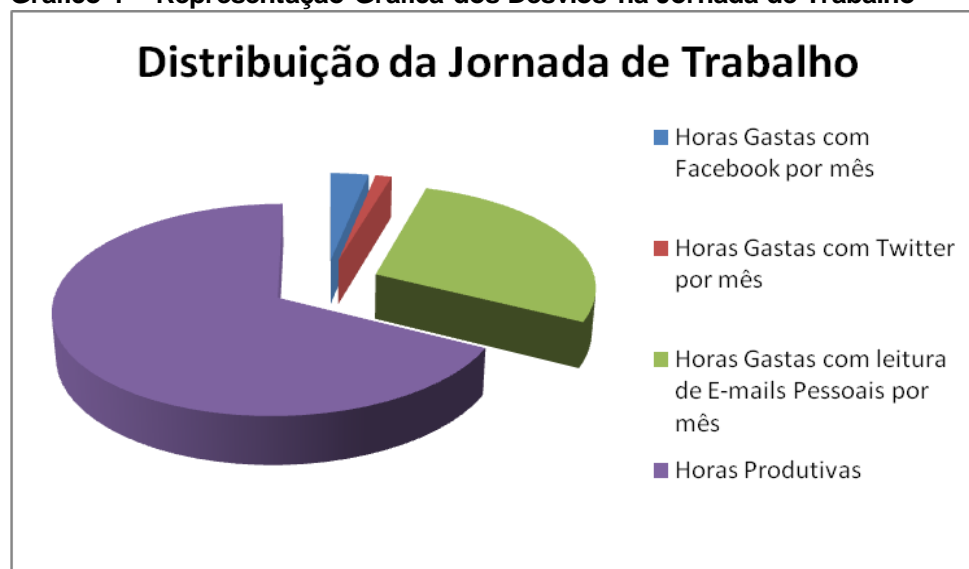
Desse modo, se levarmos em consideração que um funcionário no Brasil possui aproximadamente 220 horas produtivas por mês teríamos o seguinte cenário:

Tabela 1 - Distribuição das Atividades na Jornada de Trabalho

Uso das Horas durante a Jornada de Trabalho	Em Horas	Percentual
Horas Gastas com <i>Facebook</i> (por mês)	7	3,18%
Horas Gastas com <i>Twitter</i> (por mês)	3	1,36%
Horas Gastas com leitura de E-mails Pessoais (por mês)	61,6	28,00%
Horas Produtivas Efetivas (por mês)	148,4	67,45%
Total de horas por mês	220	100%

Ou seja, do ponto de vista do gestor das relações de trabalho, há nítido prejuízo ao empregador, em valores que superariam os 30% dos custos da hora/homem, em decorrência dos diversos possíveis desvios praticados diariamente pelos funcionários. A magnitude dessa perda pode ser melhor demonstrada de forma gráfica:

Gráfico 1 – Representação Gráfica dos Desvios na Jornada de Trabalho



Apenas a título de exemplo, uma empresa que tenha um custo de folha de pagamento na ordem de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por ano, estaria suportando um prejuízo superior a R\$ 300.000,000 (trezentos mil reais) anuais, isso apenas com os custos da hora/homem, sem contar o que não é produzido em razão do ócio e deixa de gerar receita. Do ponto de vista atuarial esses prejuízos nos resultados são seríssimos e impactam diretamente a saúde financeira da empresa e, em última análise, do próprio país. A título de exemplo, como já dissemos na introdução, as “escapadinhas” dos empregados durante a jornada de trabalho para consultas de e-mails pessoais e mídias sociais impactam a economia norte-americana em mais de US\$ 650.000.000.000,00 (seiscentos e cinquenta bilhões de dólares) por ano. Sem dúvida nenhuma, esse é um exemplo que demonstra de forma cabal como a economia pode ser diretamente impactada por uma boa ou má gestão das relações de trabalho.

Diante de tal cenário, o controle sobre as horas produtivas e as atividades dos empregados se torna premente e totalmente necessário, devendo ser feito de forma rígida e eficiente, o que, necessariamente, passa pelos poderes conferidos pela legislação ao empregador.

Adiante, no próximo capítulo, serão analisados os principais contornos dados pela legislação ao poder de fiscalização do empregador, bem como a forma como estão estruturados os principais direitos e garantias dos trabalhadores.

Capítulo II

Aspectos da Legislação Relacionados ao Uso do E-mail Corporativo

Para abordar os principais assuntos que concorrem para um correto entendimento do tema, descrevemos, primeiramente, a ação de institutos aparentemente pouco relacionados a ele. A seguir, demonstramos que todos esses institutos estão interligados e como sua interpretação de forma conjunta nos permite compreender melhor a composição do sistema de normas que pretende controlar o uso dos e-mails corporativos. Desse modo, é enfocado o fundamento que permite ao empregador lançar mão do controle sobre o uso das tecnologias como forma de melhor gerir as relações de trabalho.

Os institutos fundamentais analisados são: a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, os elementos das relações de trabalho, o poder de direção do empregador e as consequências do abuso de direitos.

1. A Dignidade da Pessoa Humana

Não há qualquer possibilidade de realização de uma análise efetiva sobre esse assunto sem que sejam feitas algumas considerações sobre o dever de respeito à dignidade humana, verdadeiro primado e conquista da nossa sociedade. E isso se dá por ser a dignidade o objetivo central de todas as normas sociais, sendo que o Direito do Trabalho nada mais faz do que buscar a consagração deste princípio em toda e qualquer relação. A dignidade humana é o mais relevante postulado ético e jurídico existente em nosso ordenamento.

A Constituição Federal brasileira estabelece a "dignidade da pessoa humana" como um fundamento da República (art. 1º, III da CF):

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;”

Porém, ainda que a Constituição não acolhesse referido princípio, ele teria de ser afirmado diariamente, por estar acima de todas as normas e interesses. Integra um elenco de valores metajurídicos. Na verdade a amplitude desse princípio contempla todas as garantias mínimas que as pessoas necessitam, formando um piso mínimo de sobrevivência.

Para os seres humanos não pode haver coisa mais valiosa do que o respeito à pessoa. E essa pessoa, por suas características naturais, por ser dotada de inteligência, consciência e vontade, por ser mais do que uma simples porção de matéria, tem uma dignidade que a coloca acima de todas as coisas da natureza.

Por isso, a Constituição, reconhecendo a existência da dignidade da pessoa humana e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Se é um fundamento, é porque se constitui num valor supremo, num valor base da República, da Federação, do País, da Democracia etc. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural.

Constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, por conseguinte, a interpretação constitucional não tem outra missão senão a de prestigiá-la, com o que se estará dando primazia a todos os direitos fundamentais do homem. A força expansiva dos direitos fundamentais impõe o dever de interpretar as normas no sentido mais favorável à sua efetividade.

Para Rizzatto Nunes (2002, p. 45),

“é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”.

Assim, afora o papel de constituir o fundamento do Estado Democrático de Direito, tem a finalidade concomitante de servir como elemento norteador, visando cumprir o papel transformador, principalmente pela busca de uma sociedade mais justa e solidária.

2. Os direitos da personalidade

Privacidade do empregado. Direito de fiscalização do empregador. Não há dúvidas que ambos os interesses são legítimos e possuem guarida no ordenamento jurídico nacional. A compatibilização entre estes interesses de forma ponderada e razoável é que deve ser a tônica do relacionamento e da gestão de pessoas no ambiente corporativo.

Com a proposta de analisar esta compatibilidade sob o enfoque das principais regras que devem ser observadas numa relação de trabalho devemos compreender de forma efetiva como estão dispostos estes direitos e como os valores “vida íntima” e “privacidade” se tornam fundamentais para as pessoas.

2.1. Ideias iniciais

Alguns direitos são inerentes à condição humana, ou seja, são intrínsecos ao ser humano, com origem no momento de sua concepção e prolongando-se mesmo após a morte de seu titular. Esses direitos subjetivos podem ser chamados de direitos da personalidade.

No ordenamento brasileiro, foi com a Constituição de 1988 que os direitos da personalidade tiveram efetiva acolhida, sendo devidamente tutelados, e seu desrespeito punido, tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio

fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica a especificação dos demais direitos e garantias, em especial dos direitos da personalidade, expressos no art. 5.º, X, que diz:

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

X - são invioláveis 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;”

Para Maria Helena Diniz (2003, p. 135), os direitos da personalidade

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

O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direitos subjetivos é relativamente recente, porém sua tutela jurídica pode ser verificada desde a Antiguidade, onde já eram punidas ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, dos romanos, ou da *dike kakegorias*, dos gregos (DINIZ, 2003, p. 118).

Foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão.

No final do século XX, é que se pôde construir uma dogmática dos direitos da personalidade, por ter havido uma re-análise sobre a noção de dignidade da pessoa humana.

De acordo com Maria Helena Diniz (2003, p. 119) pode-se dizer que os direitos da personalidade possuem uma dupla dimensão:

“a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social”.

É possível afirmar que os direitos da personalidade, assim como suas formas de tutela, evoluíram progressivamente à exata medida que se desenvolveram as ideias de valorização da pessoa humana, sendo que os direitos da personalidade adquiriram tanto mais revelo quando se distinguiu, na pessoa humana, o elemento incorpóreo da dignidade.

2.2. Características

Dentre outras características, podemos dizer que os direitos da personalidade são inatos, perpétuos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, e inexpropriáveis:

- Inatos – surgem desde a concepção do indivíduo.
- Perpétuos – acompanham o indivíduo por toda sua existência, persistindo após a sua morte.
- Absolutos – por serem oponíveis contra todos.
- Extrapatrimoniais – por serem insuscetíveis de aferição econômica.
- Intransmissíveis – não podem ser transferidos para a esfera jurídica de outra pessoa.
- Indisponíveis – como regra, não pode, o titular do direito, dispor do mesmo.
- Irrenunciáveis – não é possível a renúncia de um direito da personalidade; o titular pode não gozar, mas não poderá renunciá-lo.

- Ilimitados – não é possível imaginar um número fechado de direitos da personalidade.
- Imprescritíveis – não se extinguem, nem pelo uso, e nem pelo não-uso.

2.3. Violação e Reparação

Os direitos da personalidade visam resguardar diversos aspectos que compõe a dignidade da pessoa humana, inclusive impondo sanções para aqueles que porventura possam ter transgredido tais direitos.

Aliás, isso é o que se depreende do texto do art. 12 do Código Civil: “CC - Art. 12. *Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*”

Essas sanções devem ser aplicadas através de medidas acautelatórias, aptas a suspender os atos que ameaçam ou desrespeitam a integridade física, intelectual e moral da pessoa, sem prejuízo de uma posterior medida judicial para pleitear uma possível reparação dos danos sofridos.

Dois atores podem figurar como vítimas dessas transgressões, e são chamados de lesados diretos e lesados indiretos.

O lesado direto é a vítima, a pessoa que sofreu a lesão. Poderá pleitear judicialmente a cessação da ameaça ou da lesão ao seu direito, reclamando indenização por perdas e danos, desde que comprovado o nexo de causalidade, o dano sofrido, e a culpa do ofensor (excetuadas as hipóteses de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva, em que é prescindível a demonstração de culpa).

O lesado indireto é identificado por exclusão, ou seja, é toda pessoa que não a própria vítima do evento, mas que sofreu prejuízos com a ofensa. Para alguns autores, aqui é preciso que seja feita uma análise se o dano foi moral ou patrimonial. Caso o dano tenha sido patrimonial, o lesado indireto será a pessoa que sofreu um prejuízo próprio, resultante de dano a direito alheio. Já a questão do dano moral é mais complexa, uma vez que a ação ressarcitória funda-se na lesão a bens jurídicos pessoais da vítima e, portanto, inerentes à

sua personalidade, o que impossibilitaria que o lesado indireto o pleiteasse; contudo, entendemos que havendo dano (seja ele qual for) e havendo comprovação da relação de causalidade, subsistirá o dever de repará-lo.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

“CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.” (STJ - REsp 521697/RJ - Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA – julgado em 16/02/2006 e publicado DJ 20.03.2006)

Para nós, o que interessa saber neste momento, e para esta monografia, é que sempre que for violado algum dos direitos da personalidade, o lesado poderá pleitear uma justa reparação do dano, seja ele de ordem moral ou patrimonial.

2.4. A intimidade

Diversas terminologias são utilizadas para designar esse direito. Nos Estados Unidos ele é denominado *right of privacy*, os franceses o chamam de *droit a la vie privée ou l'intimité*, na Itália usa-se a locução *diritto alla riservatezza*, e os espanhóis utilizam *derecho a la intimidad* (FARIAS, 2000, p. 137).

A intimidade é o modo pelo qual uma pessoa resguarda para si os seus assuntos próprios, excluindo do conhecimento dos outros aquilo que só a ela refere. A necessidade desse resguardo surge historicamente somente quando a burguesia se universaliza como classe social e o avanço tecnológico aumenta as possibilidades de violação da intimidade da pessoa humana (FARIAS, 2000, p. 137). Nem mesmo as primeiras declarações de direitos fizeram menção ao direito da intimidade. Talvez, o primeiro texto internacional a proteger a intimidade tenha sido a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá em 1948; seguida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Nova Iorque no dia 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), que fortaleceu a tutela ao direito à intimidade (SAMPAIO, 1998).

A intimidade possui três faces: a solidão (desejo de estar só), o segredo (possibilidade de exigir sigilo) e a autonomia (que é a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro que emana informações).

Ou seja, o direito a intimidade alcança a discricção pessoal atinente aos acontecimentos e desenvolvimento da vida de uma pessoa, abarcando diversas situações, como por exemplo, confidências, informações pessoais, lembranças de família, costumes domésticos, atividades negociais, vida amorosa ou conjugal etc.

Estabelecidas essas primeiras ideias sobre a intimidade, podemos vislumbrar algumas formas de invasão da intimidade. Vejamos:

- violação atinente ao retiro, à solidão, aos assuntos privados; independente dos meios utilizados (se físico, visual ou eletrônico);
- divulgação pública de fato privado, principalmente aqueles potencialmente embaraçosos;

- divulgação pública de fatos falsos imputados a um indivíduo;
- apropriação de atributo da personalidade alheio (nome, imagem, etc) visando auferir lucro com essa usurpação.

Há muita confusão e discussão doutrinária quando se fala em honra, intimidade e privacidade.

É fundamental mencionarmos que, embora em várias situações apareçam entrelaçados entre si, os direitos da personalidade à intimidade e à honra não devem ser confundidos. Com a proteção da intimidade, pretende-se assegurar uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia para satisfazer exigências de isolamento moral do indivíduo. Ao revés, com o direito à honra, procura-se preservar a personalidade de ofensas que a depreciem ou ataquem a sua reputação. Vale dizer, a violação da intimidade não exige de quem a executa uma formulação de juízo adverso que se proponha a um rebaixamento moral do ofendido.

Outra confusão feita normalmente é entre os direitos da personalidade à intimidade e à vida privada *stricto sensu*. Isso se dá por ser o termo “vida privada” empregado na maioria das vezes em sentido amplo e em outras vezes em sentido estrito. Tércio Sampaio Ferraz Jr (1993, p. 442) considera a intimidade como um âmbito mais exclusivo da vida privada, e como exemplo de manifestação da intimidade oferece: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções da pessoa. Já os exemplos da vida privada para o mencionado autor seriam as situações de opção pessoal, como a escolha do regime de bens no casamento.

Aliás, o próprio texto constitucional utiliza de forma distinta as expressões. Já citamos este dispositivo, mas o colacionaremos novamente para que possamos visualizar a técnica legislativa constitucional:

“CF - Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis 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;” (grifamos)

Certamente, se possuísem o mesmo significado não teria o legislador constituinte feito a distinção. E dessa forma, ao colocar no texto constitucional a vida privada ao lado da intimidade presumiremos que o constituinte utilizou a expressão vida privada em sentido estrito, ou seja, como uma das esferas da intimidade. Enfim, descabe ficarmos tecendo diferenças entre vida privada e intimidade para esta monografia, basta que saibamos que ambas as manifestações do direito da personalidade devem ser respeitadas e sua violação acarretará a necessidade de reparar o dano sofrido. São direitos fundamentais!

3. Relações de Emprego

Estudados os institutos e conceitos periféricos que envolvem a questão do poder exercido pelo empregador, passamos agora a analisar como se forma uma relação de emprego e quais as características de seus sujeitos.

3.1. Análise da relação de emprego

Há uma diferenciação doutrinária feita para distinguir “relação de trabalho”, “relação de emprego” e “contrato de trabalho”. Adotaremos as lições de Carlos Zimmermann Neto (2005, p. 35) para definir esses institutos.

Relação de trabalho é aquela que se estabelece entre dois sujeitos, onde um pede ao outro a execução de um trabalho, mediante um acordo voluntário ou por imposição coercitiva. Exemplo: trabalho escravo.

Contrato de trabalho é o acordo bilateral que formaliza uma relação de trabalho, contendo condições sobre o modo de realizar o trabalho, sua duração, uma possível contraprestação, podendo ser tácito ou expresso. É um ato jurídico que representa a vontade das partes. Exemplo: contrato entre uma editora e um escritor para a elaboração de um romance.

Já a relação de emprego é uma relação de trabalho estabelecida com um contratante específico (o empregador) e um contratado específico (empregado), onde o segundo presta pessoalmente, ao primeiro, um trabalho subordinado, contínuo, por tempo determinado ou indeterminado, em função de uma contraprestação financeira.

Feitas essas considerações acerca da discussão doutrinária, cabe ressaltarmos que as coisas são o que são em função de sua essência e não em função do nome que lhes damos. Ou seja, não importa o nome que daremos para a relação estabelecida, o que importará serão seus elementos de formação.

Ante o exposto, seria tecnicamente correto nos referirmos ao contratado como “empregado” e não como “trabalhador”, mas essa não será nossa preocupação. Utilizaremos muitas vezes o termo trabalhador, haja vista a sua aceitação doutrinária e jurisprudencial. Tendo sido feitas as considerações técnicas e estabelecidas as diferenças.

A relação de emprego é marcada pela continuidade, pela subordinação, pela pessoalidade e por sua onerosidade. Sua natureza jurídica é “considerada especial: é em parte contrato e em parte instituição social” (ZIMMERMANN, 2005, p. 37).

3.2. Princípios que regem as relações de emprego

Princípios são regras jurídicas de especial relevância e alta carga valorativa que, além de vincular, norteiam o gestor em suas tarefas. Vejamos os princípios que regem as relações de emprego.

a) Princípio da Proteção;

Não deixa de ser uma vertente do princípio da igualdade, aplicado ao Direito do Trabalho. Busca reestabelecer a igualdade, fortalecendo juridicamente a parte menos

favorecida da relação jurídica, razão pela qual, engloba os demais princípios que favorecem o trabalhador.

Sua aplicação pode ser observada pelo art. 468, “*caput*”, da CLT:

“Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

b) Princípio da Aplicação Norma mais Favorável;

Se existirem duas ou mais normas aplicáveis ao caso concreto, dever-se-á aplicar aquela que melhor atenda aos interesses do trabalhador.

Na aplicação deste princípio, permite-se até mesmo afastar a aplicação hierárquica das normas. Sua aplicação encontra-se subordinada aos rígidos limites estabelecidos pela ordem jurídica, não se cogitando sua aplicação meramente empírica ou interpretativa.

c) Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas;

As normas trabalhistas deverão ser aplicadas imperativamente, e não podem as partes contratantes afastar a aplicação dessas normas por mera declaração bilateral de vontades.

d) Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas;

É um desdobramento do princípio anterior, que não permite que o trabalhador disponha de seus direitos.

Tal princípio é também conhecido como “*princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*”.

e) Princípio da Condição mais Benéfica;

Guarda as mesmas propriedades contidas no *princípio da norma mais favorável*, residindo a distinção no fato de que este princípio é aplicável às cláusulas do contrato, não englobando os dispositivos normativos de lei que regulam determinada situação relativa ao contrato de trabalho.

Vejamos o que dispõe o Enunciado Nº 51 do Tribunal Superior do Trabalho:

“ENUNCIADO Nº 51 - NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/73, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 - Inserida em 26.03.1999).”

f) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva;

É um obstáculo para as alterações que, porventura, venham a expressar interesses e vantagens dos empregadores ou quem faça suas vezes, em detrimento do trabalhador.

O art. 444 da CLT deixa claro esse princípio:

“Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação pelas partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

g) Princípio da Intangibilidade Salarial;

Assegura a irredutibilidade salarial, é um desdobramento do princípio da *inalterabilidade contratual lesiva*.

Garante ao trabalhador receber a contraprestação a que faz jus por seu trabalho, de maneira estável, não sujeita as oscilações da economia e às instabilidades do mercado.

Além de tudo isso, trata-se de princípio constitucional:

“CF - Art. 7º. São direitos dos trabalhadores (...) além de outros:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

X – proteção do salário na forma da Lei, constituindo crime a sua retenção dolosa.” (grifamos)

h) Princípio da Primazia da Realidade;

Na análise das questões trabalhistas, deve-se observar a realidade dos fatos em detrimento dos aspectos formais que eventualmente os atestem.

i) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego;

As relações de emprego presumem-se contínuas.

Seus reflexos podem ser observados ao longo de toda CLT, por exemplo, no art. 448: *“A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”*

j) Princípio “in dubio pro operario”.

Na aplicação das normas trabalhistas, em havendo dúvidas, deverão prevalecer os interesses do empregado. Na dúvida, prevalece a situação mais favorável ao empregado. Este princípio é desdobramento do princípio da norma mais favorável.

3.3. *Trabalhador*

Nesta parte estudamos os sujeitos da relação de emprego individual, o que é necessário para que haja maior clareza sobre os atores que fazem parte do assunto em discussão.

Para tanto, vamos inverter a ordem estabelecida pela CLT e vamos estudar inicialmente o ator mais beneficiado com a sistemática estabelecida pelo Direito do Trabalho, que é o trabalhador.

De acordo com o art. 3º da CLT, empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual ao empregador, sob dependência deste e mediante salário. Deste simples enunciado extrairemos importantes características do empregado: ser pessoa física, continuidade na prestação de serviço, a subordinação, onerosidade, e a pessoalidade.

Pessoa Física – somente pessoas são capazes de adquirir direitos e deveres na ordem jurídica e, portanto, somente uma pessoa poderia estabelecer um contrato de trabalho, não podendo cogitar a hipótese de contratar como empregado um animal irracional (como leões de circo, v.g.).

Continuidade – não é possível caracterizar um trabalho eventual, episódico ou ocasional como relação de trabalho, uma vez que o contrato celebrado entre empregador e empregado presume uma prestação de trato sucessivo, que não se exaure com uma única prestação. Desse modo, a habitualidade é marca registrada das relações trabalhistas.

Subordinação – A subordinação revela uma posição de superioridade do empregador em relação ao empregado, onde o contratante poderá determinar condutas dentro da relação estabelecida no contrato, não exorbitando o padrão convencionalmente estabelecido pela sociedade como médio para aquela determinada relação jurídica, ou seja, o empregado deve submeter-se às ordens do seu contratante, que tende a organizar o trabalho para melhor proveito da mão-de-obra na sua atividade, almejando sempre maior rendimento com menores custos. Sérgio Pinto Martins (2007, p. 132) lista algumas espécies de subordinação: econômica, técnica, moral, social, hierárquica, jurídica, objetiva (ligada ao modo de realização da prestação do serviço), subjetiva, direta/imediata, indireta/mediata (verificada com o tomador de serviços), típica (inerente ao contrato de trabalho) e atípica.

Onerosidade – não existe contrato de trabalho gratuito; sendo da natureza dessas relações a onerosidade, pois, o empregador deve oferecer uma contraprestação para o serviço que está tomando da pessoa.

Pessoalidade – esse requisito está ligado à expectativa que o empregador tem de receber a prestação de serviço de pessoa determinada, não podendo a mesma pedir que o cunhado vá ao posto de trabalho e exerça suas funções por 2 dias. É uma relação *intuitu personae*.

Sérgio Pinto Martins (2007, p. 135), prefere conceituar empregado como “*a pessoa física que presta serviço de natureza contínua a empregador, sob subordinação deste, mediante pagamento de salário e pessoalmente*”.

3.4. Empregador

Invertemos a ordem estabelecida pela CLT analisando primeiro o art. 3º. Passemos à análise daquele que possui o risco do negócio, o empregador; conceituado pelo art. 2º da CLT como “*a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*”.

Não é difícil perceber que basta inverter o ângulo de visão dos requisitos do empregado para encontrar alguns dos requisitos do empregador. E não poderia ser diferente, visto que o empregador é o outro ator que figura no contrato de trabalho. Desse modo conseguiremos encontrar essas características contrapostas como o pagamento de salário (reflexo da onerosidade), admissão do empregado (reflexo da pessoalidade), assunção dos riscos da atividade econômica, direção da prestação do serviço (reflexo da subordinação), etc.

Mas um termo utilizado é muito interessante: ser empresa! E o que é ser empresa? É ter registro na Junta Comercial? Basta ser pessoa jurídica? E o condomínio, que contrata pessoas sob o regime da CLT e é um ente despersonalizado?

A respeito do assunto, é interessante o comentário de Sérgio Pinto Martins (2007, p. 178), que vale a pena ser destacado:

“Para uns, empresa é sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável a sujeito de direito. Empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços no mercado, mas que não tem finalidade de lucro, como as associações, as entidades de beneficência etc”.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 12),

“na linguagem cotidiana, mesmo nos meios jurídicos, usa-se a expressão ‘empresa’ com diferentes e impróprios significados. Se alguém diz ‘a empresa faliu’ ou ‘a empresa importou essas mercadorias’, o termo é utilizado de forma errada, não-técnica. A empresa, enquanto atividade, não se confunde com o sujeito de direito que a explora, o empresário”.

A afirmação de que apenas a empresa pode figurar como empregador é equivocada e o §1º do art. 2º da CLT já começa a clarear isso com a sua redação:

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

Carlos Zimmermann (2005, p. 74) acertadamente comenta que há um equívoco na generalização do conceito de empregador, uma vez que

“nem todo empregador é empresa, ainda que empregador individual, pois há empregadores que são pessoa física. Empregador é, apenas, aquele que emprega, independentemente de ser pessoa física ou jurídica, empresa ou não”.

Enfim, identificar o tomador de serviços fica muito mais fácil se levarmos em conta a visão reflexa da caracterização do empregado. Ou seja, será pela figura do empregado que acharemos a figura do empregador, o que nos leva até a figura de um ente para quem uma

pessoa física presta serviços continuados, subordinados e assalariados (MASCARO NASCIMENTO, 2005, p. 617).

Identificado o empregador, através da técnica reflexa, podemos conferir características para esse ente, de modo que o mesmo possa cumprir sua função social de forma plena e suficiente para seus propósitos próprios e propósitos sociais (função social do trabalho).

Vejam as principais características do empregador:

- ser pessoa física, jurídica, ou mesmo ente despersonalizado;
- ter poder de gestão ou direção – onde pode fiscalizar, organizar e disciplinar a atividade;
- assumir os riscos da atividade.

4. Poder de Direção

Um dos pontos mais importantes que estudamos foi a subordinação do trabalhador para com seu empregador, e é justamente em razão dessa subordinação, que o ordenamento jurídico confere ao empregador a prerrogativa de “direcionar” as atividades. Para essa prerrogativa dá-se o nome de “poder de direção”.

Dessa forma, e não poderia ser diferente, o poder de direção é um desdobramento (ou consequência) da relação de subordinação entre trabalhador e empregador, além de instrumentalizar o empregador para a condução da atividade de produção.

Sempre que houver relação de trabalho haverá o poder de direção. E o seu fundamento legal é o art. 2º da CLT:

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

Ou seja, por possuir os riscos inerentes ao negócio, é dado ao empregador a possibilidade de intervir na forma da prestação do trabalho. Essa intervenção é desdobrada, doutrinariamente em três aspectos lógicos: poder de organização (escolha da atividade, cargos e regulamentos, por exemplo), poder de controle (marcação de ponto, câmeras, revistas etc.), e poder disciplinar (como a advertência, a suspensão e a demissão).

Nesse exato sentido, Amauri Mascaro Nascimento (2005, 636) diz que “*o poder de direção manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado*”.

Sérgio Pinto Martins (2007, p. 193) lembra que

“para alguns autores, o poder de direção seria um direito potestativo, ao qual o empregador não poderia opor-se. Esse poder, porém, não é ilimitado, pois a própria lei determina as limitações do poder de direção do empregador. O empregado não está obrigado a cumprir ordens ilegais”.

Em síntese podemos dizer, e será percebido com a leitura dos tópicos abaixo, que essa divisão do poder de direção é totalmente lógica. Vejamos: primeiro o empregador define qual atividade irá desenvolver, define metas e as funções de cada funcionário da empresa (poder de organização); depois, numa segunda fase, já iniciada a atividade, o empregador irá verificar se as metas e funções estabelecidas estão sendo desenvolvidas de modo satisfatório (poder de controle); para então poder, numa última fase, corrigir eventuais falhas que existam no seu sistema de produção, com a possibilidade de punir quem não esteja cumprindo o determinado (poder disciplinar).

a) Poder de Organização

É o poder que o empregador possui para ordenar as atividades do empregado, inserindo-as no conjunto das atividades de produção, sempre visando a otimização da atividade produzida e a obtenção dos objetivos econômicos e sociais.

Esse poder é decorrente até mesmo do direito de propriedade, onde o empregador definirá qual tipo de atividade será exercida, se será agrícola, comercial ou industrial, por

exemplo (MARTINS, 2007, p. 193). Escolhido o ramo de atuação, o empregador poderá delimitar como cada funcionário atuará, organizando e estruturando a atividade, definindo os cargos, funções, horários etc.

É dentro do poder de organização que encontraremos o fundamento para possibilitar ao empregador a regulamentação da atividade, o que permite a elaboração de um possível regulamento para a empresa. Assim, por ser detentor do poder de organização, caberá ao empregador determinar as normas de ordem técnica, em relação às quais o trabalhador ficará subordinado, e que podem ser expedidas por mero contato verbal, ou por comunicados escritos.

b) Poder de Controle

Definida a atividade a ser desenvolvida e iniciado o trabalho, o empregador poderá monitorar a forma como a prestação está sendo exercida, monitorando a atividade do empregado.

Essa é mais uma demonstração de que o poder de direção é um dos lados da moeda, que possui a subordinação do trabalhador do outro lado.

Durante o horário de trabalho, o trabalhador está à disposição do empregador e deve fazer e produzir aquilo que o empregador lhe ordenar (*dessa ordem é que decorre o poder de controle, pois, o empregador pode fiscalizar se o que foi pedido está sendo cumprido de modo satisfatório*).

É justamente no exercício desse poder que o empregador fiscaliza as atividades profissionais de seus funcionários, e, portanto, no exercício do poder de controle ou fiscalização, atribuído ao empregador face ao seu poder diretivo, que fundamentaremos o direito de fiscalizar ou monitorar o uso dos equipamentos de trabalho pelo empregado.

Carla de Souza Gonçalves (2009, p. 29) nos lembra que com o avanço tecnológico ficou mais fácil a fiscalização e o controle, porém, tais condutas assumiram maiores riscos para a empresa, uma vez que é muito tênue a linha que separa a fiscalização e controle da invasão de privacidade e intimidade.

c) Poder Disciplinar

O poder disciplinar é decorrência lógica das outras duas formas do poder de direção, ou seja, após o empregador estabelecer o que o trabalhador deverá fazer, fiscalizando-o, poderá corrigir eventuais desvios que estejam acontecendo.

Esse desvio nas condutas do trabalhador gera penalidades para o mesmo, que deveria ter cumprido fielmente o que lhe foi ordenado, por estar sujeito às ordens de serviço.

O trabalhador poderá ser advertido por escrito ou verbalmente, e poderá ser suspenso. Ideologicamente essas penalidades seguem uma ordem. Caso haja desvio da conduta, deverá ser repreendido verbalmente, caso reitere o desvio haverá advertência escrita, e na próxima falta será suspenso das atividades. Contudo, o trabalhador poderá ser dispensado diretamente, sem antes ter sido suspenso ou advertido, desde que a falta cometida por ele seja realmente grave.

5. O Abuso do Direito

A teoria do abuso do direito é uma matéria das mais controversas, exatamente por se situar numa linha muito tênue entre o exercício regular de um direito e o exercício abusivo deste mesmo direito.

Esse instituto é uma construção doutrinária e jurisprudencial do século XX, mas sua origem pode ser identificada muito antes, talvez desde os tempos medievais. De acordo com a história, foi somente em 1912 que a teoria do abuso do direito tornou-se amplamente conhecida, com o caso *Clement Bayard*, julgado pela Corte de Amiens. Consta do caso que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrissavam. A decisão considerou abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário. Esse fato fez com que, no Direito das Coisas, primeiro se cogitasse a imposição de limites ao exercício de direitos, além daqueles

estabelecidos na própria lei, criando entre o permitido e o proibido, outra categoria de atos jurídicos. (GOMES, 1997, p. 133)

A discussão que envolvia a existência ou não desse instituto, como conceito jurídico autônomo, fez surgir diversas teorias, as quais procuravam justificar ou negar o ato abusivo, identificá-lo ou distingui-lo do ilícito.

O ato abusivo seria aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício de um direito, sendo estes limites fixados por seu fundamento axiológico. O abuso do direito surgiria no interior do próprio direito toda vez que ocorrer uma desconformidade com o sentido finalístico em que se funda o direito subjetivo (CARPENA, 2001, p. 56).

Caracterizado o ato abusivo, que dependerá do estabelecimento de limites ao exercício do direito subjetivo, sujeitar-se-á o causador do dano às sanções pertinentes.

Um exemplo de abuso de direito na seara trabalhista é o do empregador que, tendo pleno direito de demitir seu empregado, seja por justa ou injusta causa, promove a demissão sob a falsa alegação de prática ilícita. Neste caso, houve abuso do direito e o patrão poderá, inclusive, ser condenado por danos morais, uma vez que seu ato configura uma das situações típicas a ensejar este tipo de reparação.

5.1. Abuso do Empregado

O ofendido via de regra é o empregado, mas pode ser também o empregador, fato que autoriza sempre a rescisão do contrato pelo ofendido, e a dispensa, sem prejuízo de uma eventual reparação por dano moral causado.

5.2. Abuso do Empregador

O empregado lesado poderá rescindir o contrato de trabalho, e pedir a dispensa indireta, sem prejuízo da reparação de outros danos sofridos, como o moral, por exemplo. A agressão moral por si só já causa dano, configurando justa causa para que o empregado rescinda o contrato de trabalho com direito às verbas rescisórias (art. 483 da CLT) e mais a indenização (art. 5º, X da CF).

Além da indenização, ainda pode haver a exigência de retratação, institutos que não são excludentes entre si.

6. A intimidade e o poder de fiscalização

Analisados todos esses temas e institutos, e antes de passarmos às conclusões e considerações finais, vamos organizar as ideias até agora estudadas. Vejamos:

- O e-mail corporativo é uma ferramenta de trabalho;
- Toda e qualquer interpretação deverá respeitar a dignidade da pessoa humana, bem como buscar sua realização no caso concreto;
- O direito ao resguardo da vida íntima é uma garantia constitucional dos direitos fundamentais, havendo punição pela ordem jurídica no caso de desrespeito;
- As relações de emprego estabelecem um vínculo jurídico que une empregador e empregado, onde a parte mais fraca recebe uma tutela diferenciada (protetiva) da lei, mas que não deve ser utilizada para inviabilizar a atividade empresarial, também de suma importância para o desenvolvimento da nação brasileira;
- Para exercer a atividade empresarial de modo satisfatório, o empregador goza das garantias do poder de direção, que abrange o poder de controle, mecanismo jurídico que permite ao empregador fiscalizar as atividades do seu empregado;
- Os atos que extrapolem o exercício razoável e normal de um direito, ferindo bem jurídico de terceiro, devem ser repudiados e são considerados atos ilícitos, cabendo reparação do dano sofrido.

Diante de todas essas ideias, e agora com tudo interligado de forma mais lógica, cabe fazer algumas considerações.

Pelo fato de trabalhador e empregador terem, ambos, direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, é preciso que ambos convivam de forma harmônica. Existe uma frase popular que retrata muito bem essa situação e é a seguinte: *“o direito de uma pessoa acaba onde começa o de outra!”*

Não há dúvidas de que o monitoramento do funcionário é possível e que se trata de verdadeiro instrumento do gestor, porém, a vida íntima do empregado é um direito constitucional fundamental e, portanto, protegido. Este fato gera a necessidade do empregador comunicar seu funcionário que o e-mail que o mesmo está usando é uma ferramenta de trabalho e está sujeito à fiscalização permanente, devendo o uso ser estritamente profissional. A regra é que o direito fundamental de respeito à vida íntima está garantido e presumido, devendo o empregador comunicar o seu empregado sobre a fiscalização que será feita na sua caixa de correspondência, amparado pelo contrato e pelo regulamento da empresa. Caso não haja essa comunicação, não será possível a fiscalização e a eventual demissão com base nos dados obtidos. Patrícia Peck (2002, p. 69) ensina que

"é importante que as empresas que disponibilizem e-mails corporativos deixem claro para seus funcionários qual a política de privacidade a ser adotada em relação ao seu uso: o funcionário deve saber se suas mensagens estão ou não sujeitas à monitoração da empresa. Na Inglaterra, tal medida já é adotada pelo ordenamento costumeiro como lícita. Para isto é importante o funcionário tomar ciência por escrito do documento que trata do assunto no ato de sua contratação ou no ato da disponibilização do serviço de e-mail corporativo, devendo ser cancelado e inutilizado após a saída do funcionário da empresa, para evitar mau uso ou continuidade de uso pelo próprio ou por terceiros".

Logo, é impossível a invasão do e-mail corporativo sem que haja previsão no regulamento da empresa, e sem a devida ciência do empregado sobre essa possibilidade.

Além disso, Carla de Souza Gonçalves (2009, p. 33) nos lembra que esse monitoramento deve ser somente em relação ao e-mail corporativo, que é aquele cedido pela empresa com a finalidade de agilizar os negócios realizados e idealizados pelo

empregador, pois, é pacífico o entendimento de que a caixa postal eletrônica particular está protegida pela Constituição Federal e não pode ser violada.

Conclusão

O período pós-revolução cibernética vem provocando mudanças de paradigma na gestão das relações de trabalho. O necessário uso de tecnologias da informação modificou essa relação, fazendo surgir novos conflitos e novas necessidades. Neste contexto, sem dúvida alguma, o e-mail corporativo se mostra como um dos principais responsáveis por essa necessária mudança de ótica e gestão.

Quando falamos em e-mail corporativo, estamos falando de uma ferramenta utilizada pela quase totalidade das empresas ao redor do mundo para comunicação interpessoal, cuja finalidade primordial deve ser a consecução dos fins sociais da empresa detentora do domínio e da conta de e-mail. A utilização desta ferramenta é feita por diversos motivos, como a rapidez e barateamento nas comunicações, agilidade nas decisões, aumento da produtividade, troca segura de informação etc.

Contudo, todas as benesses trazidas com essa tecnologia trazem consigo um aumento significativo de novos riscos para os empregadores, como, por exemplo, a exposição de sua rede à contaminação por vírus, o que pode comprometer seriamente as estruturas informacionais das organizações empresariais. Além disso, e de forma mais latente, o empresariado passou a experimentar um novo tipo de ociosidade de seus empregados, que perdem quase 30% do seu período produtivo com atividades e preocupações diversas das que deveriam ter no horário de trabalho, principalmente, o envio e leitura de e-mails pessoais com piadas, correntes, fofocas etc. A tal situação poderíamos dar o nome de ociosidade cibernética.

Vimos que uma empresa que hipoteticamente tivesse um custo com folha de pagamento na ordem de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por ano, estaria suportando um prejuízo aproximado superior a R\$ 300.000,000 (trezentos mil reais) anuais.

Para tentar frear estes efeitos nocivos do uso indevido do e-mail corporativo, o empregador lança mão do seu Poder de Direção, que lhe é conferido pela legislação

brasileira, criando mecanismos de fiscalização e controle das atividades dos seus empregados. Ou seja, por possuir os riscos inerentes ao negócio, é dado ao empregador a possibilidade de intervir na forma da prestação do trabalho, com a organização das atividades e controle das mesmas, de modo que todo empregado que praticar desvios poderá ser punido com advertências, suspensões e até mesmo demissões.

Entretanto, embora este seja um direito garantido pelas leis brasileiras ao empregador para a boa gestão das atividades praticadas por seus contratados, o seu exercício deve ser pautado pela razoabilidade, pois, abusos no uso deste direito podem gerar graves danos aos empregados. Em outras palavras, uma atividade inicialmente lícita pode se tornar ilícita em decorrência de abusos no seu exercício.

Em todo caso, caracterizada a prática abusiva, sujeitar-se-á o causador do dano às sanções pertinentes, inclusive devendo indenizar quem foi lesado.

Na tentativa de aferir as balizas necessárias para que não existam excessos no poder de fiscalização foi apontado o dever de respeitar a intimidade e privacidade dos empregados durante as rotinas de controle. Na verdade, o que se busca com isso é a concretização da dignidade da pessoa humana, fundamento e epicentro de todas as análises desta monografia.

Assim, com todos estes argumentos e análises, foi possível demonstrar a necessidade do controle sobre o uso do e-mail corporativo para evitar desvios e prejuízos ao empresariado nacional, e ao próprio país, situação que confere ao Poder de Controle e Direção a faceta de ser um dos principais instrumentos atuais para gestão das relações de trabalho.

BIBLIOGRAFIA

Bacellar, M. F. *O Direito do Trabalho na Era Virtual*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar. 2003.

Carpenna, H. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar.

Carrion, V. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29ª edição. São Paulo: Saraiva.

Coelho, F. U. *Curso de Direito Comercial*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva.

Diniz, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1: teoria geral do direito civil. 20.a ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva.

Farias, E. P. *Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

Ferraz Júnior, T.S. *Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 88, 1993.

Gomes, O. *Introdução ao Direito Civil*, 12ªed.. Rio de Janeiro: Forense.

Gonçalves, C. S. Monografia de especialização “*A constitucionalidade do monitoramento de e-mail corporativo*”. PUC/SP. 2009.

Martins, S. P. **Direito do Trabalho**. 21ª edição. São Paulo: Atlas.

Moraes, A. *Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Atlas.

Nascimento, A. M. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva.

Nunes, L. A. R. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva.

Nunes Júnior, V. S. & Araújo, L. A. D. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva.

Paiva, M. A. L. *O e-mail no ambiente de trabalho: o uso social do e-mail*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2848>>.

Peck, P. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva.

Red & APP. *Mashable feature: The social media monster is alive*. Infográfico disponível em: <<http://redeapp.com/index.php/red-e-app-blog/entry/the-social-media-monster-is-alive>>. Acesso em 29/09/2012.

SAMPAIO, J. A. L. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

Sarmiento, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Thalenberg, M. *O uso inadequado de e-mail corporativo afeta a produtividade*, 2006. Disponível em: <<http://gecorp.blogspot.com/2006/12/uso-inadequado-de-e-mail-corporativo.html>>