



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

MARIA ELISABETE SILVA COÊLHO ALMEIDA

TECNOLOGIA E INTIMIDADE DO TRABALHADOR

JUIZ DE FORA - MG

2017

MARIA ELISABETE SILVA COELHO ALMEIDA

TECNOLOGIA E INTIMIDADE DO TRABALHADOR

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Longotano do Nascimento

JUIZ DE FORA – MG

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIA ELISABETE SILVA COELHO ALMEIDA

Aluno

TECNOLOGIA E INTIMIDADE DO TRABALHADOR

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA



Rodrigo L.

Josiane Pereira de Oliveira

Salvador

Aprovada em 12 / 12 / 2017.

Dedico esse trabalho a todos os trabalhadores cujos direitos fundamentais são lesados e aos aplicadores do Direito; que ambos, imbuídos de serenidade, lutem por soluções racionais e justas nos conflitos da relação de trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela condição do ‘estar aqui’.

Agradeço aos meus pais (*in memoriam*), pela condição do ‘ser assim’.

Agradeço à minha família, pelo incentivo, pela compreensão às ‘ausências’ no afã das atividades acadêmicas e pela colaboração em aliviar minhas limitações virtuais.

Agradeço ao meu orientador Professor Rodrigo Longotano, pela confiança.

Agradeço à Professora Inês, pela gentil presteza nas orientações.

Agradeço aos professores e funcionários da UNIPAC, pelo trabalho digno.

Agradeço aos colegas, especialmente aos ‘mais chegados’, pelo acolhimento, motivação e amizade.

O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis. José de Alencar

RESUMO

A presente monografia aborda os impactos da revolução tecnológica, sobretudo a causada pela internet, que trouxeram alterações em antigos padrões, em especial no âmbito das relações de emprego. O instrumental tecnológico está enraizado na vida pessoal e profissional, tanto do empregador quanto do empregado, sendo imprudente ignorar ou mesmo postergar a necessidade de apresentar medidas preventivas, pacificadoras e que harmonizem as garantias sociais já conquistadas, com vistas ao estabelecimento do equilíbrio entre as novas tecnologias e o direito. O poder fiscalizatório passa a ser uma ameaça ao pleno exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Para isso, surge o propósito de analisar a intimidade e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho frente aos aparatos tecnológicos. Analisar se os direitos fundamentais e constitucionais atuam como limites ao poder fiscalizatório do empregador, no ambiente de trabalho. Portanto, um trabalho que faça a análise dos elementos citados será de relevância para acadêmicos e profissionais dessa área do direito. Esse trabalho realizou-se com base na leitura e análise de bibliografia atualizada da área, com buscas informativas em recursos disponíveis; permitindo-se concluir que para solucionar os conflitos da relação de trabalho, especialmente, em virtude da utilização dos aparatos tecnológicos no ambiente de trabalho, faz-se necessário aplicar a ponderação e a harmonização de interesses, tendo como norte a dignidade humana.

Palavras-Chave: Aparatos Tecnológicos. Direitos Fundamentais. Poder Fiscalizatório.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O PODER DO EMPREGADOR E O DIREITO DE USO DE APARATOS TECNOLÓGICOS	10
3	O DIREITO TRABALHISTA E AS EXIGÊNCIAS DE USO DOS APARATOS TECNOLÓGICOS PELO EMPREGADO	16
4	LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO NA RELAÇÃO DE TRABALHO	24
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	333
	REFERÊNCIAS	344

1 INTRODUÇÃO

O poder empregatício representa um direito que é atribuído exclusivamente ao empregador em decorrência do vínculo contratual da atividade do empregado existente na organização da empresa. O poder empregatício e da subordinação jurídica do empregado encontram fundamento e limite na dignidade da pessoa humana do trabalhador, pois, em meio a tanto poderio econômico e a tanta tecnologia, não existe nada maior que a dignidade e a capacidade da realização de um ser humano. Em decorrência da proteção aos direitos da personalidade do empregado, assegurada pela Constituição Federal de 1988, artigo 5º, Incisos V e X e pelo Código Civil Brasileiro (Capítulo II, do Livro 1), o poder empregatício não pode ser exercido de forma ilimitada, da mesma forma que não é ilimitada a subordinação jurídica do trabalhador ao poder patronal.

Atualmente o poder do empregador vem sendo reconhecido como permanente ameaça ao pleno exercício dos direitos fundamentais pelos trabalhadores. Recentemente, coloca-se os direitos fundamentais como novo marco teórico e prático para a efetiva tutela dos trabalhadores. Em decorrência do modelo de ordem econômica capitalista, assegura-se a todo empregador o poder de organizar, regulamentar, fiscalizar e exercer o controle disciplinar sobre as relações de trabalho. São inconteste as gigantescas transformações provocadas pela globalização do mundo moderno. Dentro dessa perspectiva, torna-se evidente que o avançado grau de desenvolvimento tecnológico, com vistas a facilitar as comunicações e o amplo acesso à informação, tem alterado sobremaneira não apenas a estrutura social contemporânea, mas igualmente, o próprio ambiente laboral.

É possível constatar que as técnicas de aprimoramento dos mecanismos eletrônicos, têm se constituído como um arsenal ameaçador de esquadrinhamento da privacidade das pessoas que acabam tendo sua individualidade devassada. Reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, surge o problema de delimitação e coordenação dos direitos e poderes que se condicionam mutuamente dentro do contrato. Cumpre investigar como se dá e com que limites operam a incidência dos direitos fundamentais dentro do contrato de trabalho relacionado à conexão e desconexão.

O primeiro capítulo versou sobre a investigação do conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no uso dos aparatos tecnológicos.

O segundo capítulo versou sobre a análise do direito trabalhista voltado para o uso dos aparatos tecnológicos na relação empregador vs empregado de forma fiscalizatória.

O terceiro capítulo versou sobre entendimento da legislação trabalhista quanto aos limites do poder fiscalizatório na relação de trabalho.

Portanto, o presente trabalho descreveu e analisou a questão da desconexão como direito do empregado.

2 O PODER DO EMPREGADOR E O DIREITO DE USO DE APARATOS TECNOLÓGICOS

A adoção das tecnologias da informação e comunicação nas empresas envolve conflitos entre direitos fundamentais do empregado, como sua liberdade de comunicação e expressão e sua intimidade, vez que o controle de suas comunicações, através dos aparatos tecnológicos, feito pelo empregador, pode violar direitos garantidos constitucionalmente e de outro lado, o direito de o empregador zelar pelo cumprimento do contrato de trabalho, exercendo controle sobre a atividade de seus subordinados, quanto à destinação e emprego dos equipamentos de trabalho, oferecidos pela empresa. É um tema complexo e recorrente no Poder Judiciário, onde empregados buscam a reparação por danos morais praticados por seus empregadores que, fazendo uso do aparato tecnológico, vigiam suas comunicações e interações no ambiente virtual. (KUMMEL; SILVA, 2010).

Cumprir destacar quais as ferramentas tecnológicas que mais evidenciam no controle, operado pelo empregador, do trabalho executado pelo empregado, tais como: *notebooks*, *tablets*, *smartphones* e gravação em áudio e vídeo.

A internet e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas empresas, que se utilizam desse novo meio de comunicação para desenvolver os meios de produção, proporcionando, dentre outras vantagens, maior eficiência para as suas atividades. Com o uso da internet o empregado pode tornar-se mais produtivo, uma vez que informações valiosas para o desenvolvimento do trabalho acham-se disponíveis de maneira rápida e fácil. Há empresas que não exigem a presença física do empregado no seu local de trabalho, desenvolvendo suas funções à distância e segundo critérios de produtividade. (PAIVA; SILVEIRA NETO, 2003).

Segundo Juliana Augusta Medeiros de Barros (2009), a evolução da grande indústria passa pela intensificação da utilização das máquinas, da especialização e mecanização das tarefas, de modo a permitir o melhor aproveitamento do tempo e, conseqüentemente, maior eficiência e produtividade.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (apud BARROS, 2009, p.100), essa fase é marcada pelo primado do trabalho e do emprego, que se constitui em uma das maiores conquistas da democracia no mundo ocidental capitalista:

[...] Por meio da centralidade do trabalho e do emprego, a nova matriz cultural submetia a dinâmica do capitalismo a certa função social, ao mesmo tempo em que restringia as tendências autofágicas, destrutivas, irracionais e desigualitárias que a história comprovou serem inerentes ao dinamismo normal desse sistema econômico.

[...] O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética.

Os avanços tecnológicos são responsáveis pelas mudanças ocorridas no modo de produção e, juntamente com outras alterações na organização empresarial, têm como finalidade a diminuição dos custos do processo produtivo. Diante dessa nova realidade de organização empresarial e do processo produtivo, também ocorreram mudanças na forma de exercício do poder diretivo do empregador. Através do desenvolvimento tecnológico, tornou-se possível o controle do trabalho à distância, assim como a utilização de diversos meios eletrônicos, para a fiscalização dos empregados fora e dentro do ambiente de trabalho tradicional. (BARROS, 2009).

Para Guilherme Augusto Pinto da Silva (2010), a relação de trabalho é fortemente marcada pelo vínculo de subordinação do empregado ao empregador. Desde o momento do teste de seleção para integrar os quadros de uma empresa, o candidato já é submetido a uma espécie de suspeição. Empregadores fazendo uso de ferramentas virtuais em busca de características do comportamento e perfil do candidato à vaga de emprego. Empresas discriminando candidatos, realizando buscas em site da justiça e dos tribunais. Findada a seleção e firmado o contrato de trabalho, essa sujeição se reveste de legalidade surgindo a subordinação, que é sintomática em sua plenitude quando passa a ser exercido o poder diretivo do empregador.

Com o surgimento da relação de emprego e a evolução no modo de produção empresarial do sistema capitalista, observa-se a existência de um poder exercido pelo empregador na relação jurídica estabelecida com os empregados, com o objetivo de regulamentar, controlar e fiscalizar o processo produtivo. Os trabalhadores devem atender aos comandos decorrentes do poder empresarial quanto ao modo de realização do trabalho, em virtude da subordinação jurídica em relação ao empregador. (BARROS, 2009).

De acordo com Maurício Godinho Delgado (apud BARROS, 2009, p.102):

Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.

A doutrina destaca teorias acerca da fundamentação do poder empregatício. Divide o poder de direção em três momentos: organização, controle e disciplina relacionados à prestação

de serviços, que se fundamentam em correntes específicas. Destaca-se entre os doutrinadores trabalhistas a teoria contratualista ou teoria do contrato. É o contrato de trabalho que configura para o empregador um conjunto de prerrogativas que lhe dá o poder de dirigir o processo produtivo, isto é, o poder empregatício ou poder empresarial e para o empregado a obrigação de prestar determinada atividade, de se subordinar às determinações do empregador.

Segundo Alice Monteiro de Barros citada por Barros (2009, p.107), a teoria que fundamenta a existência de poderes do empregador no contrato de trabalho é mais consistente:

Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada.

Para Maurício Godinho Delgado, citado por Barros (2009, p.107), essa concepção contratual do poder empregatício é a melhor que traduz o fundamento jurídico deste fenômeno:

Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito) que dá origem à relação de emprego importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno.
Conclui-se que o fundamento jurídico do poder exercido pelo empregador no âmbito de uma relação de emprego, cujos comandos serão observados pelo empregado, em virtude de subordinação jurídica ao qual se vincula, está no contrato, ou seja no pacto entre sujeitos da relação empregatícia.

Para Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2010) é através da relação de emprego que nasce para o empregador o poder empregatício e, por consequência, para o empregado, o dever de obediência, que se exterioriza por intermédio da subordinação jurídica. A esta compreende, assim, a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador. Na relação empregatícia, o empregador detém os poderes para dirigir, regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades ao trabalhador, È por intermédio do exercício do poder empregatício que se instrumentaliza a subordinação jurídica no contexto da relação do emprego.

Nesse processo a regulação do trabalho construída ao longo do século XX, permite que o desenvolvimento tecnológico ofereça novos problemas que têm desafiado o Direito do Trabalho, dentre eles os derivados da crescente utilização das tecnologias informacionais nas empresas, especialmente quando esse uso é feito pelo empregado e monitorado pelo empregador, muitas vezes sem a ciência do primeiro. (KUMMEL; SILVA, 2010).

Numa relação de emprego, dada a subordinação jurídica, as obrigações decorrentes do contrato de trabalho concedem ao empregador um conjunto de prerrogativas que poderá garantir o bom funcionamento do ambiente de trabalho.

Nesse novo contexto, Rocha (apud KUMMEL; SILVA, 2010, p.3) sustenta que as ‘[...] relações de trabalho da atualidade refletem as alterações surgidas no meio produtivo, levando ao questionamento de conceitos clássicos, principalmente pela necessidade de adaptação das relações de trabalho ao mundo da informação’. Para o autor, o uso de modernas tecnologias no ambiente de trabalho, com vistas às novas relações operacionais, têm revolucionado as relações trabalhistas e provocado questionamentos de conceitos clássicos, tais como do poder diretivo do empregador.

Versando sobre o assunto, Hainzenreder Júnior (apud KUMMEL; SILVA, 2010, p.3), explica que ‘etimologicamente a palavra poder está vinculada à ideia de chefia, consiste em fazer os outros agirem de forma pretendida pelo emissor da vontade’, o que assegura ao empregador a gestão da atividade empresarial e do contrato do trabalho, editando as normativas internas de funcionamento da empresa. Dessa forma, muitos empregadores se valem dos recursos tecnológicos de comunicação para o monitoramento do local e das atividades profissionais, utilizando-os como meio de controle e vigilância dos empregados, o que pode inclusive extrapolar o ambiente de trabalho, alcançando informações lançadas pelo empregado em redes sociais de relacionamento.

Dada à complexidade do tema, permeado de contradições, há que se ponderar sobre vantagens advindas da incorporação das tecnologias informacionais e de sua utilização na empresa, bem como os aspectos negativos que seu uso pode acarretar, no tocante aos direitos fundamentais dos empregados. (KUMMEL; SILVA, 2010).

Essa crescente utilização do aparato tecnológico por parte de empregados e empregadores, em decorrência da evolução do mundo moderno, traz à tona conflitos ocorridos no ambiente de trabalho e já, o Poder Judiciário Trabalhista, colaciona julgados evidenciando possíveis soluções. (KUMMEL; SILVA, 2010).

O direito fundamental de privacidade e intimidade do empregado está amparado constitucionalmente, pelo artigo 5º, Inciso X e artigos 20 e 21 do Código Civil. (CALVO, 2008).

O direito à privacidade constitui-se na escolha entre divulgar ou não o que é íntimo, e, assim, construir a própria imagem. A privacidade é um direito natural. A intimidade relaciona-se às relações subjetivas, de trato íntimo da pessoa, isto é, suas relações familiares e de amizade. (CALVO, 2008).

De acordo com Guilherme Augusto Pinto da Silva, 2010, o direito à intimidade e à vida privada são direitos de qualquer cidadão e, portanto do trabalhador no âmbito da relação de emprego. A Constituição Federal emprega os dois vocábulos no mesmo dispositivo, em seu

artigo 5º. Pode-se estabelecer uma distinção para facilitar a compreensão. O direito à intimidade corresponde à esfera da personalidade do que se pretende excluir do conhecimento da sociedade, como foro interno. A esfera da intimidade é a interior, envolve aspectos mais recônditos da vida do trabalhador. O direito à vida privada é uma esfera mais abrangente, abarcando o direito à intimidade. Nele se inserem todos os direitos que possam resguardar o ser. Nesse contexto, privacidade é toda a faculdade assegurada ao empregado de excluir, do empregador, o conhecimento ou acesso a informações, bem como, de impedir que sejam divulgadas. A Constituição Federal procurou preocupar-se com a proteção ampla de ambos direitos de forma indistinta, ensejando reparação de danos em casos de violação dos direitos de personalidade dos empregados, quando quaisquer conflitos surgirem na relação de trabalho.

Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, anteriormente citado por Silva, G. (2010): '[...] conscientizem-se os empregadores de que a busca de lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e participe da obra que encerra o empreendimento econômico'.

Segundo Mário Antônio Lobato de Paiva e Antônio Silveira Neto (2003), o novo código civil estabelece a proteção da vida privada no seu artigo 21, *in verbis*: 'A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma'.

Para a maioria dos doutrinadores, a intimidade inclui-se no conceito geral de vida privada. Assim, a privacidade envolve tantos os fatos da vida íntima como outras situações em que não haja interesse social no seu conhecimento. Daí o uso frequente dos termos privacidade e intimidade como sinônimas. Questiona-se a invasão à privacidade do trabalhador, sem autorização, o monitoramento de mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelo trabalhador, a fiscalização e a demissão por justa causa em razão do uso não- autorizado dos equipamentos da empresa para fins pessoais. (PAIVA; SILVEIRA NETO, 2003).

De acordo com Guilherme Augusto Pinto da Silva, (2010), a Carta Magna então vigente considera a personalidade como valor máximo do ordenamento jurídico. O Código Civil Brasileiro traz um capítulo próprio acerca dos direitos da personalidade, com tutela ampla e abrangente, à medida que prevê medidas preventivas para as violações.

O poder diretivo do empregador não é abordado especificamente pela legislação brasileira. O único dispositivo correspondente encontrado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no Brasil é o artigo 2º, quando diz que é empregador aquele que 'dirige a prestação de serviços'. Desta forma o poder diretivo do empregador encontra-se tutelado de

forma indireta pela Constituição Federal vigente, enquanto que o direito à intimidade e à vida privada, de forma direta. (SILVA, G., 2010).

No desempenho das atividades que envolvem o uso dos equipamentos de informática, sobretudo a internet, o empregado está sujeito a uma série de ações do empregador que objetivam acompanhar os passos dos usuários dos seus sistemas, com condutas de monitoramento como observação de sites trafegados e controle sobre o conteúdo de correspondências eletrônicas. Com fundamento no poder diretivo do empregador, no que tange o artigo 2º, CLT, é possível vedar a utilização da internet para atividades improdutivas, isto é, que não se relacionem com os objetivos da empresa. (PAIVA; SILVEIRA NETO, 2003).

A fiscalização do correio eletrônico dos trabalhadores nas empresas é condenável, por vulnerar o direito do trabalhador ao sigilo nas comunicações, não lhes garantindo a tutela constitucional da intimidade. O poder de controle e a vigilância estão limitados, de um lado, pela finalidade de verificar o cumprimento dos deveres laborais e, de outro, pela consideração devida da dignidade do trabalhador ao direito à intimidade diretamente derivado da dignidade da pessoa humana. (SILVA, G., 2010).

Assim, quanto ao poder do empregador e o direito de uso dos aparatos tecnológicos, as empresas têm o direito de fiscalizar o trabalho de seus empregados, uma vez que são pagos pelo empregador e podem ou não, colocar em risco o patrimônio ou nome da empresa.

O empregador pode, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificar se os empregados estão respeitando as exigências e diretrizes estabelecidas para o desempenho da atividade laborativa. (PAES, 2011).

Os empregados têm o direito à proteção de sua privacidade e intimidade no ambiente de trabalho, visto que são acima de tudo cidadãos antes de trabalhadores.

Isto posto, o direito à privacidade do empregado encontra limites no poder diretivo do empregador, e vice-versa. Ambos não podem ser abusivos, tendo como referência para o exercício das relações, o contrato de trabalho.

3 O DIREITO TRABALHISTA E AS EXIGÊNCIAS DE USO DOS APARATOS TECNOLÓGICOS PELO EMPREGADO

Nos dias atuais, a tecnologia desafia (e vence) barreiras de tempo e espaço, invade o âmbito das relações interpessoais e, conseqüentemente, transforma os ambientes e modelos de trabalho. (SANTOS, 2012).

Por estar o instrumental tecnológico tão enraizado na vida pessoal e profissional tanto do empregador, quanto do empregado, é imprudente ignorar ou mesmo postergar a necessidade de provocar mudanças nas estruturas jurídicas vigentes, com vistas ao estabelecimento do equilíbrio entre as novas tecnologias e o direito. (LEMOS, 2012).

No Brasil, o primeiro telefone celular surgiu apenas em 1990 e a Apple só veio a lançar o iPhone em 2007. Todos esses eventos são muito posteriores à legislação trabalhista nacional – a Consolidação das Leis do Trabalho é de 1943. O descompasso exige ajustes. Para adequar-se à realidade social, surge a legislação com regulamentações. (SANTOS, 2012).

Segundo Renata Drews (2017) as redes sociais acompanham a rotina das pessoas e dos profissionais quase que vinte e quatro horas por dia. Seja para auxiliar o trabalhador, seja para relaxar, Mas há que se ter cautela com o vício nas redes sociais, no ambiente profissional o cuidado deve ser redobrado, principalmente com o que é postado e o tempo gasto. Falar mal da empresa, do salário, do chefe ou de um colega de trabalho, por exemplo, bem como divulgar informações confidenciais ou expor a empresa também, além de criar um ambiente de conflito e tensão, pode resultar em demissão por justa causa.

No trabalho, por mais que sejam explícitos, existem limites e regras de conduta a serem seguidas quanto ao uso dessas ferramentas de interação social.

De acordo com Vitor Castim citado por DREWS (2017), a Consolidação das Leis do Trabalho não proíbe ou regulamenta o uso das mídias sociais. No entanto, se a utilização for indevida, prejudicando o desempenho de suas funções, e se informações confidenciais forem divulgadas, expondo a empresa, o funcionário pode ter o contrato rescindido. ‘Na legislação trabalhista, não existe especificamente proibição sobre o uso de rede social. Mas, em ambiente privado da empresa, o empresário tem a liberdade para instituir se permite ou não’.

Não se pode proibir, pois as redes sociais constituem um avanço na comunicação, mas a parte empreendedora deve analisar se o uso está interferindo na produtividade do empregado. E este deve agir com bom senso, não misturando assuntos pessoais com profissionais.

As denominadas redes sociais (ou mídias sociais) como *orkut*, *facebook*, *linkedin*, *twitter* e afins, criaram um novo padrão de sociabilidade entre as pessoas. E o Direito do Trabalho também é profundamente afetado por este fenômeno, sendo inúmeros os âmbitos e momentos desta influência. (MASSONI, 2017).

Percebe-se que vários são os desdobramentos e implicações da internet e redes sociais no Direito do Trabalho. Há uma multiplicidade de direitos e interesses em jogo, os quais deverão ser cotejados e ponderados para se decidir, com justiça e razoabilidade, cada caso concreto levado ao poder judiciário. (MASSONI, 2017).

A tecnologia caminha muito mais rápido do que a legislação, gerando uma série de possíveis situações a serem regulados. A questão torna-se ainda mais complexa, levando-se em conta que a legislação trabalhista não pode ser entrave às necessidades de condições de trabalho mais flexíveis e benéficas a empregados e empregadores. O Judiciário terá que se debruçar sobre cada nova situação que lhe aparecer e as empresas terão que estabelecer formalmente regras para utilização de seus sistemas. (SANTOS, 2012).

Para Mário Antônio Lobato de Paiva (2002), o estreito vínculo estabelecido entre o direito e a informática tem suscitado uma série de situações que levam os estudiosos do direito a depararem-se com situações totalmente novas que requerem estudos inovadores representando um verdadeiro desafio aos profissionais do direito. As novas tecnologias são desenvolvidas de forma veloz impedindo acompanhamento simultâneo dos juristas no sentido de elaborar leis e estudos que viabilizem um regular manuseio dos instrumentos eletrônicos. Profissionais da área jurídica buscam soluções apropriadas para conflitos que ameaçam as garantias, direitos e valores em um ambiente diverso, o virtual.

Na contemporaneidade, as transformações sociais são motivadas por inovações tecnológicas, que alteram, entre outras, a relação de trabalho. A tecnologia traz consigo incertezas sociais, mesmo que, com a proposta de facilitar o trabalho, há frustrações, descompasso no avanço desordenado na conexão ao mundo da informação, bem como na relação do trabalho. (PAIVA, 2002).

Segundo Juliana Augusta Medeiros de Barros (2009), os meios eletrônicos mais utilizados pelo empregador na relação de trabalho são os polígrafos, os detectores de metais, as câmeras de vídeo, os telefones fixos e celulares e os computadores, que viabilizam o acesso a internet e ao e-mail ou correio eletrônico.

O celular, atualmente chamado de *smartphone* (por desenvolver diversas funções) abre um leque de possibilidades para o meio social, uma quase que unânime, de possibilitar o contato de pessoas de qualquer parte do mundo por meio de sons ou pelos aplicativos, tendo o

whatsapp messenger como um dos mais conhecidos e baixados atualmente. Essa plataforma de troca de mensagens ganha sua importância no cotidiano dos indivíduos, indicando as tecnologias possíveis para a comunicação rápida: ‘e-mail, telefone e whatsapp’. Ou seja, consecutivamente, o mundo evoluindo, carece a necessidade de a legislação também amadurecer em relação ao que podemos encontrar no cotidiano. (GUIMARÃES, 2015).

O whatsapp ganhou uma dimensão tão fora da norma que virou praxe, atualmente, as empresas criarem grupos de conversa no aplicativo para reunir empregados, no intuito de repassar informações, cobrar metas, controlar planilhas, entre outras finalidades por meio de um único envio de mensagem para a coletividade. Diversas vezes os empregadores adentram em horário de descanso dos funcionários. Além das mensagens básicas, os usuários do *whatsapp* podem criar grupos, enviar mensagens ilimitadas com imagens, vídeos e áudio. (GUIMARÃES, 2015).

De acordo com Bruno Alberto Soares Guimarães (2015), no caminho dos avanços tecnológicos e aproveitando esta facilidade nos meios de comunicação, diversas empresas lançam mão deste recurso, no intuito de baratear ligações telefônicas e automaticamente ter uma aproximação maior dos seus funcionários, já que o aplicativo mostra se o mesmo leu ou não a mensagem enviada. Torna-se uma forma rápida de enviar a mesma mensagem para dezenas de funcionários ao mesmo tempo, e automaticamente ter uma resposta em massa imediata.

Para Mário Antônio Lobato de Paiva (2002), outra ferramenta em destaque é o correio eletrônico – e-mail, que pode ser concebido como um mecanismo disposto por meio eletrônico que tem como finalidade principal a transmissão de conteúdo à distância. É um sistema mediante o qual podemos 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 um meio utilizado para enviar correspondências elaboradas em um computador a outro através da rede, pelo qual as pessoas podem enviar mensagens a um receptor ou a vários receptores simultaneamente. Suas principais vantagens são rapidez, confiabilidade na recepção e envio de mensagens; facilidade de arquivo, reenvio e integração e baixo custo.

A utilização dos meios eletrônicos no seio empresarial se dá sob o argumento de que estes facilitam a comunicação no âmbito das transações comerciais, além de auxiliarem no desenvolvimento de uma elevada escala de produção ao menor tempo possível. Sabe-se que é do empregador a propriedade das ferramentas tecnológicas utilizadas no trabalho, sendo a ele atribuído o poder de organizar a força produtiva e de fiscalizar a utilização adequada dos meios

disponibilizados aos empregados para o desenvolvimento dos serviços pelos quais são remunerados. (LEMOS, 2012).

As questões que envolvem o correio eletrônico são deveras delicadas por envolverem uma série de direitos e garantias constitucionais além de gerarem discussões em uma área que já traz consigo uma certa conflituosidade natural como é a do Direito do Trabalho. Para as dúvidas concernentes ao modo de aplicação do direito figura o equilíbrio, ou seja, a proporcionalidade de cada direito em virtude da falta de legislação existente, restando aplicar normas gerais que não vislumbram de forma clara a limitação existente, por exemplo, no direito a intimidade. Daí a necessidade da interpretação responsável e coerente resguardando o poder diretivo do empregador para comandar a empresa sem que implique em lesão ao direito do empregado de acessar os serviços eletrônicos. (PAIVA, 2002).

Há que se ponderar até que ponto o poder do empregador, o poder de subordinação do empregado, entram em conflito com a privacidade do empregado na utilização dos aparatos tecnológicos da empresa.

De acordo com Regis Rezende Ribeiro (2014), o poder de controle do empregador lhe confere autonomia para exercer fiscalização sobre o acesso de seus empregados à internet no ambiente de trabalho, tendo em vista que o acesso desmedido a sites alheios ao desempenho das funções laborais poderá influenciar no desempenho e produtividade do obreiro, inclusive negativamente. Entretanto, deve-se sempre considerar que tal fiscalização há de ser feita dentro da razoabilidade e com bom senso, para que o empregador não cometa abuso de poder, incorrendo na invasão de privacidade de seus trabalhadores, direito protegido constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, X, da CF de 1988, e havendo violação, deverá o empregado ser indenizado.

Em face da ausência de legislação específica, os operadores do direito têm-se utilizado de normas gerais vigentes, por meio de analogia, flexibilizando a aplicação aos casos suscitados perante a jurisdição estatal de modo a assegurar as garantias constitucionais. Existem instrumentos legislativos que não versam diretamente sobre a questão das redes sociais no contexto laboral, mas permitem enquadrá-la à luz dos princípios vigentes, em especial no que tange aos direitos de privacidade, imagem e liberdade de expressão dos trabalhadores. Os avanços tecnológicos têm trazido alterações na legislação trabalhista. Neste sentido, temos como exemplo a nova redação dada ao artigo 6º da CLT, pela Lei 12.551 de dezembro de 2011, que equipara o empregado que desenvolve suas funções de forma presencial na empresa, ao empregado que trabalha remotamente, o modelo Home Office ou ‘teletrabalho’, desde que configurados os pressupostos da relação de emprego. (RIBEIRO, 2014).

Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988, arrimada nos princípios da igualdade e da liberdade, elegeu o respeito à dignidade humana como seu dogma maior. Destarte é a dignidade humana o núcleo essencial que compõe os Direitos Humanos, a fonte ética que confere unidade, sustentáculo e sentido a todo o sistema constitucional social brasileiro. A proteção real ao hipossuficiente no Direito do Trabalho guarda, assim, estreita relação com o princípio da dignidade humana, enquisitado no artigo 1º, Inciso III da Carta Magna de 1988, à medida que a eles estão visivelmente imbricados a realização dos seres humanos e o acesso à relação de emprego. Sem o exercício pleno dos direitos, não há dignidade e sem dignidade o trabalhador não adquire existência plena. Ora, o conteúdo básico do Direito do Trabalho se insere na busca pela proteção e preservação da dignidade do ser humano em todos os seus níveis. (ALVARENGA, 2009).

Os avanços das formas de comunicação, onde a disponibilidade é comumente exercida, expõe a necessidade de maior atenção aos direitos trabalhistas, com enfoque na jornada de trabalho, componente do contrato de trabalho. (GUIMARÃES, 2015).

Maurício Godinho Delgado, citado por Guimarães (2015), defende que o avanço tecnológico tem propiciado situações novas que suscitam debates acerca da possibilidade de incidência analógica da figura especial do tempo sobreaviso, isto é, quando está pendente de aparelhos que limitam sua disponibilidade. Por exemplo, quando o empregado utiliza, fora do horário de trabalho, aparelhos de comunicação como BIP'S, *pager* ou telefones celulares – instrumentos que viabilizam seu contato imediato com o empregador e conseqüentemente imediato retorno ao trabalho.

O uso de aplicativos e outras mídias passam a configurar como inovações para o Direito Trabalhista, com enfoque no horário laboral dos empregados, dada a disponibilidade exercida pelos mesmos.

Em contrapartida, mesmo sendo imprescindíveis para o desenvolvimento empresarial, os aparatos tecnológicos colocados à disposição no ambiente de trabalho, acabam por acentuar a vulnerabilidade do empregado em virtude dessa facilidade de fiscalização e controle das atividades empregatícias durante a jornada de trabalho por parte do empregador. (LEMOS, 2012).

As fontes normativas relacionadas à proteção dos direitos fundamentais da personalidade são a própria Carta Magna, a CLT, leis trabalhistas esparsas e finalmente, o Direito Civil – este instaurador de uma tutela genérica da personalidade no âmbito da sociedade. O Código Civil – este instaurador de uma tutela genérica da personalidade no âmbito da sociedade. O Código Civil pode ser invocado como ponto de referência no processo

hermenêutico de interpretação e aplicabilidade das normas justralhistas, pelo intérprete e aplicador do Direito do Trabalho. (ALVARENGA, 2009).

Como proteção, o direito à intimidade do empregado está assegurado na CF de 1988 (artigo 5º, Incisos V e X) e no Código Civil Brasileiro (Capítulo II, do Livro I). Segundo o artigo XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na família, no seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem o direito à proteção de lei contra tais interferências ou ataques”. O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 também inspirou o legislador constitucional brasileiro, ao assegurar em seu artigo 12, alínea Z, que ‘ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação’. (ALVARENGA, 2009).

Para Arnaldo Boson Paes (2011), são formas de exercício de poder de controle ou fiscalizatório que se dão na fase de execução do contrato de trabalho o controle de revistas pessoais, a utilização de câmeras audiovisuais nas áreas de trabalho, o monitoramento de ligações telefônicas (escutas), o monitoramento de correio eletrônico (e-mail corporativo).

Assim, o correio eletrônico pode ser utilizado no âmbito da empresa, porém de forma moderada e que não implique em prejuízos funcionais para a mesma. O poder de controle do empresário não autoriza uma intromissão indiscriminada em qualquer caso ao conteúdo das comunicações de seus trabalhadores via e-mail. Faz-se necessário estabelecer as regras para o controle, a forma de fazê-lo, que pode ser por meio da lei, convenção ou acordo coletivo.

Mário Antônio Lobato de Paiva (2002), salienta que, no que se refere à intervenção no correio eletrônico da empresa, é fundamental informar ao trabalhador dos meios que serão utilizados para verificar o cumprimento do pactuado e estabelecer uma normativa interna, buscando incluir o consentimento tanto do trabalhador como de seus representantes.

Segundo Patrícia Silva (2014) o contrato nas relações de trabalho, observado o princípio constitucional da função social, apresenta fator limitativo do poder diretivo do empregador. No Brasil, o princípio da função social do contrato teve destaque com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, Inciso. O Código Civil de 2002, como norma de ordem pública, impõe em seu artigo 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A função social do contrato compartilha com os princípios de boa fé e com o da ordem econômica, o núcleo do interesse do contrato, e assim colabora para a construção de um ambiente contratual justo, ético e equitativo das relações negociais. No âmbito do Direito do Trabalho, o artigo 421 do CC de 2002 deve constituir-se num instrumento para a garantia de

efetividade dos direitos, reinterpretando relações jurídicas que eliminam, reduzem ou mitigam o sistema jurídico de proteção ao trabalhador. A CLT, especificamente, em seu artigo 442 conceitua que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. (SILVA, p. 2014).

Para aumentar o equilíbrio contratual, a relação de emprego está sujeita à incidência de normas de ordem pública previstas nos artigos 6º ao 9º da CF 88, na CLT e em outras leis infraconstitucionais, e a mecanismos processuais como a inversão do ônus da prova e a presunção em favor do empregado. (BARROS, 2009).

Para evitar possíveis demandas judiciais e rescisão da relação empregatícia entre as partes, o empregador deve utilizar-se de normas internas, como impedir o acesso a sites impróprios ou proibir ao empregado a utilização da internet para fins não condizentes com assuntos relacionados à empresa, estabelecidas até mesmo no contrato de trabalho.

Para Juliana Augusta Medeiros de Barros (2009), em se tratando do monitoramento do e-mail corporativo, do e-mail pessoal e da “navegação” na internet, o contrato de trabalho não pode ser instrumento legitimador de violação ao exercício dos direitos fundamentais individuais, entre os quais se incluem os direitos à intimidade e privacidade, constitucionalmente assegurados ao empregado com ser humano. Assim, ainda que no ambiente de trabalho essa condição não poderá ser aviltada, admitindo-se apenas limitações razoáveis ao exercício desses direitos, desde que justificadas pela ponderação de tais interesses com outros direitos fundamentais em conflito.

Consoante nos ensina Alice Monteiro de Barros (apud ALVARENGA, 2009):

Embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécies dos ‘direitos de personalidade’ consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.

Regis Rezende Ribeiro (2014), afirma que no contrato de trabalho, empregador e empregado não se apresentam num plano de igualdade, uma vez que o empregador detém poderes que lhe são característicos e necessários ao exercício da atividade empresarial.

Neste sentido, Arnaldo Boson Paes (2011), afirma que no contrato de trabalho, forma-se uma relação desigual, com forte assimetria, em que o empregador detém posição de superioridade em face do poder de direção que lhe é inerente, ao passo que a atividade do trabalhador, orienta-se pela ideia de subordinação jurídica, caracterizada pelo estado de sujeição.

De acordo com Patrícia Silva (2014), o contrato de trabalho por sua natureza, dado o evidente desequilíbrio existente entre as partes, goza de características um pouco mais amplas no que diz respeito à interpretação e aplicação dos princípios constitucionais. Assim, nesta modalidade de contrato existe, de um lado o empregado, que deve ter respeitados os seus direitos mais basilares, e do outro o empregador, detentor do poder diretivo, sendo que cada uma dessas partes tem os seus deveres e obrigações, mas a finalidade é única, pois ambos visam o bom desenvolvimento da atividade empresarial.

Para Márcia Vieira Maffra (2015), a relação de trabalho na modernidade, devido aos avanços tecnológicos, leva os empregados a permanecerem conectados ao trabalho, mesmo após a execução da jornada. De posse de *notebooks*, *smartphones*, *tablets*, é possível trabalhar a qualquer hora e em qualquer lugar; ditado por estatísticas de produtividade, trabalha-se durante o dia, à noite, nos finais de semana e até mesmo nas férias. A subordinação empregatícia passa a ser exercida à distância, por meios informatizados de comando, controle e supervisão. A empresa não é mais a definição de local de trabalho, sendo a prestação de serviços, realizada remotamente.

Assim, os aparatos tecnológicos incentivam a execução de trabalhos fora do expediente. A possibilidade de ser chamado em caso de urgência, limita a liberdade de locomoção do empregado e lhe retira o direito à desconexão do trabalho.

4 LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO NA RELAÇÃO DE TRABALHO

O poder na sociedade sempre esteve presente, desde os primórdios, sendo uma relação social de dominação, o que enseja a existência de dominantes e dominados. Certo que o poder é inato ao homem e pode ser definido como a capacidade de deliberar arbitrariamente, agir e mandar e também, dependendo do contexto, a faculdade de exercer a autoridade, a soberania, o império. O abuso do poder por parte do empregador ainda representa um dos principais pontos de conflito entre este e o empregado. A ânsia de bons resultados por parte do empregador muitas vezes ultrapassa o bom senso, chegando a tomar decisões de caráter irracional. (SOUZA, 2016).

Segundo Bianca Dias Ferreira Vinagre (2015), a maioria das demandas envolvendo pedidos de danos morais no judiciário trabalhista brasileiro é originada a partir de abusos patronais cometidos no exercício do poder diretivo, em especial de sua dimensão fiscalizatória.

Em decorrência do modelo de ordem econômica capitalista, assegura-se a todo empregador o poder de organizar, regulamentar, fiscalizar e exercer o controle disciplinar sobre as relações do trabalho. (PAES, 2011).

De acordo com Vieira de Andrade (apud PAES, p. 1):

A Constituição é produto da modernidade e sua origem vincula-se à ideia de afirmação e efetivação dos direitos fundamentais, estes concebidos inicialmente como sistema de contenção dos poderes estatais. Mas hoje os direitos fundamentais desempenham um papel destacado no âmbito das relações entre particulares, posto que o fenômeno do poder desenvolve-se também fora do Estado, no âmbito da sociedade civil.

O princípio da proteção do trabalhador sempre foi referência para a dogmática do Direito do Trabalho. Recentemente, coloca-se os direitos fundamentais como um novo marco teórico e prático para a efetiva tutela dos trabalhadores. Consolida-se, então, um duplo movimento na direção da constitucionalização dos direitos fundamentais dos trabalhadores. O primeiro consistente na inserção de um conjunto de direitos trabalhistas constitucionalmente reconhecidos e integrados em um sistema especial de proteção jurídica. O segundo se dá com a ‘recomposição constitucional do contrato de trabalho, como a acentuação da sua raiz antropocêntrica e da sua ligação íntima com a pessoa humana e os seus direitos’. (ABRANTES, apud PAES, p. 1). Enquanto o primeiro movimento emergiu como produto do constitucionalismo social, o segundo encontra-se em fase de consolidação através do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, cujo maior desafio reside na identificação dos critérios para limitação do poder de direção do empregador através dos direitos fundamentais. (PAES, 2011).

No Direito do Trabalho, ramo do direito que tem como principal objeto, a relação empregatícia, sofre com a mistura de poder do empregador com a subordinação, ou seja, a sujeição x subordinação do empregado. Atualmente, o direito brasileiro trabalhista, não possui legislação específica sobre os limites do poder do empregador sobre essa relação, deixando a cargo da jurisprudência. Na Consolidação das Leis do Trabalho existem alguns artigos que tentam disciplinar a matéria, mas como mero direcionamento. (SOUZA, 2016).

Embora inexista, no Brasil, disciplina normativa específica quanto aos limites à maior parte das manifestações do poder de fiscalização, seu exercício é restringido pela dignidade da pessoa humana. A dignidade humana constitui cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade, dentre eles, os direitos à intimidade e à vida privada, os mais ofendidos por meio de fiscalização patronal abusiva nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. (VINAGRE, 2015).

Para Rúbia Zanotelli de Alvarenga, 2010, o poder nas relações entre capital e trabalho somente pode ser estudado a partir do conceito de subordinação jurídica. A relação de emprego reconhece a subordinação jurídica como elemento intrínseco do contrato de trabalho, uma vez que a todo poder corresponde um necessário dever de subordinação jurídica do empregado em face do empregador. As obrigações decorrentes do contrato de trabalho concedem ao empregador um conjunto de prerrogativas inerentes a esse tipo de contrato e que irão garantir o bom funcionamento de seu espaço empresarial. São elas deferidas ao empregador com o intuito de fiscalizar e controlar a atividade desempenhada pelo empregado, na prestação de serviços, ao longo do contrato de trabalho.

De acordo com Nascimento citado por Alvarenga (2010):

É com base no contrato de trabalho que o empregador exerce a faculdade de comandar todas as atividades tendentes à direção de seu negócio, planejando sua organização e funcionamento, dando destinação concreta ao trabalho dos empregados e dirigindo e controlando as atividades laborativas.

Neste contexto, Aline Danielle Araújo Lemos (2012), pondera que as consequências dessa realidade se dá com o surgimento das questões jurídicas que trazem à baila o confronto entre o poder de mando e de gestão do empregador (detentor dos meios eletrônicos de produção) e os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, como expressões dos direitos fundamentais consolidados na ordem jurídico-constitucional pátria.

Com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988, que consolidou a dignidade humana como princípio fundamental, os direitos da personalidade passaram a ser tutelados, conforme se depreende do artigo 5º, inciso X.

Reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, surge o problema de delimitação e coordenação dos direitos e poderes que se condicionam mutuamente dentro do contrato. Cumpre investigar como se dá e com que limites operam a incidência dos direitos fundamentais dentro do contrato de trabalho. Por certo, os direitos fundamentais são relativos e limitados e isso decorre do próprio princípio da unidade da Constituição e da necessidade de harmonização prática dos valores constitucionalmente tutelados. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho deve se coordenar com o poder de direção do empregador, uma manifestação do princípio da livre iniciativa consagrado no artigo 170, *caput*, da Constituição vigente. Como consequência, o poder de direção sofre limitações de ordem temporal e espacial, porquanto, regra geral, tem seus contornos definidos apenas durante e no local da prestação dos serviços do trabalhador. (PAES, 2011).

Segundo Souza (2016), a legislação nacional ostenta regras e princípios gerais capazes de orientar o operador jurídico em face de situações concretas do dia a dia. Mediante tais preceitos, inevitável reconhecer que o empregador, apesar de possuir a prerrogativa de dirigir, regulamentar e disciplinar seu negócio, essas condutas não podem ser abusivas, nem desproporcionais, o que poderá resultar em reparos morais e materiais ao ofendido, no caso o empregado.

O nível de proteção aos direitos fundamentais deve ter como referência a natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido. Nesse aspecto, detêm especial transcendência os poderes exercidos pelo empregador em face do contrato de trabalho. No caso da relação de trabalho, o fenômeno do poder manifesta-se de forma acentuada, na medida em que aí não se estabelecem relações entre pessoas iguais ou paritárias, sendo inerente a essa modalidade contratual uma posição de superioridade do tomador de serviços. (PAES, 2011).

Para Mário Antônio Lobato de Paiva e Antônio Silveira Neto (2003), evidente que a empresa, ao disponibilizar os recursos de informática para o empregado, tem por objetivo o desenvolvimento de atividades relacionadas ao trabalho. A utilização desses recursos, que são de propriedade do empregador, para fins particulares pode ser proibida, seja porque leva ao desperdício de tempo e queda na produtividade, seja porque pode congestionar o tráfego de informações na rede, diminuindo a velocidade de transmissão de dados.

Bianca Dias Ferreira Vinagre (2015), pondera que práticas como o monitoramento dos computadores e e-mails somente será possível quando o empregador determinar a utilização dos meios exclusivamente para os fins de prestação laboral, com a ciência inequívoca dos trabalhadores, além de disponibilizar ou autorizar a utilização de meios alternativos para a

comunicação pessoal, estando o tomador de serviços legitimado a exercer o poder fiscalizatório sobre a atividade produtiva empreendida no estabelecimento da segurança jurídica.

Existem procedimentos de natureza organizacional, derivadas do poder empregatício que são adotados pelo empregador como forma de proteger o seu patrimônio e de fiscalizar a prestação de serviços dos empregados. Dentre os vários procedimentos existentes, cabe destacar a verificação do e-mail que pode ensejar abusos do empregador. Convém ressaltar que o e-mail pode ter cunho corporativo ou particular. Este último utilizado de maneira pessoal e íntima com acesso livre por qualquer meio de comunicação eletrônica. O e-mail corporativo é acessado no computador fornecido pela empresa aos empregados, relacionado a assuntos profissionais. (ALVARENGA, 2010).

Segundo Calvo citado por Alvarenga (2010):

As empresas devem permitir um uso mínimo do correio eletrônico corporativo para fins particulares ou alternativamente o acesso ao próprio e-mail particular do empregado de forma moderada e razoável.

Dessa forma, o empregador pode, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificar se os empregados estão respeitando as exigências e diretrizes estabelecidas para o desempenho da atividade laborativa.

Com efeito, importa ressaltar que o fato de o tomador dirigir a prestação dos serviços e ainda ocupar a posição de detentor da propriedade dos equipamentos utilizados pelo obreiro na execução do trabalho, não possibilita o exercício do poder diretivo de maneira absoluta, pois o direito de propriedade deve ser exercido respeitando os limites de sua função social. Assim, na efetivação do poder diretivo, o empregador deve atuar utilizando-se dos critérios de razoabilidade e da ponderação, além de considerar que os direitos da pessoa do empregado são direitos fundamentais anteriores ao contrato de trabalho pactuado e estão fundamentados na dignidade humana. A prerrogativa de dirigir e de fiscalizar as atividades laborais, não pode ensejar a produção de resultados abusivos aos direitos fundamentais do trabalhador, nem tampouco sancionar o legítimo exercício desses direitos. (LEMOS, 2012).

Para Bianca Dias Ferreira Vinagre (2015), a doutrina deve valer-se da técnica da ponderação para estabelecer limites ao poder fiscalizatório patronal, com fulcro no princípio da proporcionalidade. A divergência jurisprudencial deve ser minimizada pela atividade criativa dos juízes quanto aos limites do poder fiscalizatório, consoante o princípio da proporcionalidade, e por meio da utilização de mecanismos específicos voltados à redução da insegurança jurídica no Judiciário Trabalhista, tais como recursos de revista, incidentes de

uniformização de jurisprudências, súmulas, precedentes normativos e orientações jurisprudenciais. Nada impede, ainda, que limites ao poder fiscalizatório patronal sejam estabelecidos por meio de negociação coletiva.

Observa-se, direitos que se limitam reciprocamente, pois, de um lado o empregador, no exercício do poder diretivo, e especialmente do poder fiscalizatório, inevitavelmente adentra algum grau na esfera da privacidade e da intimidade do trabalhador, e, de outro, essa penetração deve ser mínima, sob pena de violação do núcleo essencial desses direitos, consubstanciando na dignidade humana. (VINAGRE, 2015).

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros citada por Vinagre (2015, p.49), leciona:

[...] o legislador ordinário, reconhecendo o poder diretivo, legitima a limitação da esfera da intimidade do empregado, imposta pelas exigências do desenvolvimento da atividade laboral, mas o poder de direção também está sujeito a limites, aliás, inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional.

Tendo como fundamento legal o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, quando prevê que o empregador é aquele que dirige a prestação do serviço, o poder de comando é considerado como diretriz par determinar a forma como os serviços deverão ser prestados pelo obreiro. (LEMOS, 2009).

Segundo Alvarenga (2010), em decorrência das inovações constantes da tecnologia, notadamente nos meios de comunicação de monitoramento visual, nas relações de trabalho, surgem novas formas de controle e de vigilância em variados ramos do labor. Ao mesmo tempo em que a tecnologia representa um avanço, acarreta uma ameaça aos direitos fundamentais do empregado. É preciso estabelecer as possibilidades de limites do poder fiscalizatório do empregador, quanto ao monitoramento do e-mail no ambiente de trabalho de modo que não seja afetada, em momento algum, a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

A legislação trabalhista não possui uma normatização específica acerca do monitoramento do e-mail no ambiente de trabalho. Por essa lacuna, o caso fica à mercê do exercício do ‘poder regulamentar’, que é conferido ao empregador. O empregado está subordinado às normas de caráter técnico, com o objetivo de manter a ordem interna na empresa. Tal poder regulamentar materializa-se por meio de cartas, avisos, instruções ou circulares, e são instrumentos que se efetivam de acordo com as peculiaridades de cada estabelecimento empresarial. (ALVARENGA, 2010).

Nota-se, que existem divergências no que tange à licitude do monitoramento do e-mail corporativo. O primeiro posicionamento, sustenta que por se tratar de um equipamento de

empresa, enquadra-se no rol dos instrumentos de trabalho, permitindo, por isso, o controle do seu conteúdo por parte do empregador. Em contrapartida, há quem adote o posicionamento no sentido de que mesmo sendo disponibilizado pela empresa, o e-mail corporativo é privativo do empregado, equiparando-se à correspondência tradicional e recebendo abrigo da proibição da violação da intimidade e da privacidade. (LEMOS, 2012).

Em razão do uso intensivo dos equipamentos tecnológicos postos à disposição do empregado é que o empregador se vê no direito de controle de e-mails utilizados pelo empregado. Tal prática está associada ao uso indevido dos equipamentos eletrônicos à disposição do empregado.

O monitoramento do e-mail pelo empregador acarretou o conflito que envolve o confronto entre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado e os direitos à propriedade privada e à livre iniciativa assegurados ao empregador. Havendo controvérsia, deve o interprete e aplicador do Direito do Trabalho, invocar o princípio da ponderação como critério solucionador entre os direitos em choque. Em que pese inexistir uma lei específica acerca dos limites do poder empregatício quanto à atuação do controle patronal nas comunicações eletrônicas, o empregador poderá fazer uso de seu poder fiscalizatório para monitorar os e-mails enviados e recebidos pelos empregados, apenas quando se tratar de e-mail corporativo, ou seja, de correspondência eletrônica destinada somente à execução de conteúdos estritamente profissionais e derivados de assuntos ligados ao contrato de trabalho do empregado, desde que, no regulamento empresarial, o mesmo seja previamente comunicado pelo empregador. Nessa hipótese, haverá limitação quando ao exercício de direito de personalidade; o direito à intimidade e à vida privada se relativizará em prol do poder empregatício e do direito de propriedade, no sentido de conferir ao empregador a prerrogativa de adoção de medidas adequadas para a vigilância e verificação do correio eletrônico corporativo. (ALVARENGA, 2010).

A grande dificuldade enfrentada pelo Direito do Trabalho consiste em estabelecer o ponto de equilíbrio entre tais direitos. A adoção do princípio de proporcionalidade em sua tríplice: dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade, é de suma importância para o arbitramento das restrições aos direitos fundamentais. (VINAGRE, 2015).

De acordo com Belmonte (apud ALVARENGA, 2010):

Deve a empresa dar ciência aos empregados das condutas que não são admitidas pela empresa; de eventuais limitações dos usos dos equipamentos eletrônicos e penalidades decorrentes da transgressão; bem como conscientizar os seus empregados, de forma a evitar a prática de atos que possam lhe causar prejuízos. [...].

Há que prevalecer o bom senso, não devendo o empregador, pelo poder empregatício que lhe é conferido, exercê-lo indiscriminadamente e em descompasso com os limites fixados pelas normas jurídicas e aos direitos fundamentais e constitucionais.

Deve o empregador, através de seu poder regulamentar, mencionar os limites de utilização da correspondência eletrônica pelo empregado no âmbito de trabalho, mesmo em se tratando de e-mail corporativo. Todos os empregados devem ter ciência das condutas que são exigidas pelo empregador referentes ao modo de utilização do e-mail corporativo. Se houver abuso de direito no exercício do poder empregatício conferido ao empregador, principalmente na situação de desconhecimento do empregado quanto à forma de utilização da correspondência eletrônica, afetados serão os direitos de personalidade, e, por consequência, os aspectos de sua vida íntima e privada. Ao trabalhador, será assegurada a rescisão do contrato de trabalho, com base nas situações enumeradas no artigo 483 da CLT, e o mesmo poderá ser recompensado por intermédio do ressarcimento por danos morais. Por conseguinte quanto houver conduta ilícita do empregado, a empresa prejudicada economicamente pelo uso indevido das tecnologias de comunicação e de informação, também poderá pleitear, judicialmente, ressarcimento dos danos morais e materiais. Desta forma, o empregado poderá ser advertido, suspenso ou até mesmo dispensado por ato de indisciplina (artigo 482, h, da CLT), caso desrespeite cláusula normativa prevista em regulamento da empresa, estipulando a restrição do uso do e-mail corporativo para fins pessoais. (ALVARENGA, 2010).

De acordo com Lemos (2012), por se tratar da infraestrutura fornecida pelo empregador, a este é atribuída a faculdade de dispor dos recursos de maneira que melhor lhe aprouver, estando respaldado pelos poderes de mando e de gestão concedidos pela própria legislação trabalhista. Sob este aspecto, apenas em situação nas quais se configura abuso, será lícito conceder ao empregador a permissão para controlar o e-mail corporativo, desde que, ao fiscalizar, todas as garantias necessárias ao respeito à intimidade e à privacidade sejam preservadas.

Desse modo, de acordo com Paes (2011), a limitação dos direitos fundamentais dos trabalhadores pelo poder de direção do empregador exige a satisfação concomitante dos seguintes critérios: a restrição deve ser absolutamente necessária para a consecução de determinada finalidade, sendo infundadas as limitações que estejam além da necessidade inerente à correta execução do contrato, deve haver adequação entre o objeto a atingir e a limitação imposta; e a admissão da restrição condiciona-se à observância de interesse relevante do empregador, respeitando sempre o conteúdo essencial do direito fundamental.

Busca-se a segurança jurídica, sendo imprescindível a existência de um conjunto de normas a serem seguidos, que disponha com clareza sobre as condutas permitidas e vedadas e, a respeito do qual os indivíduos tenham conhecimento e compreensão. Atualmente, o foco de observação da segurança jurídica é ampliado para abranger a efetividade dos direitos fundamentais, fruto das conquistas sociais, e a proteção das expectativas de confiança legítima. (VINAGRE, 2015).

O e-mail pessoal ou particular é uma comunicação pessoal, inviolável e intransponível e somente pode ser verificado com prévio consentimento do empregado. A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso 12, garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, como forma de preservar a intimidade e privacidade, salvo, em último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Como se vê, o e-mail pessoal está abrangido pela proteção da privacidade e intimidade, não possuindo os mesmos efeitos jurídicos do e-mail corporativo, cuja verificação é colocada à disposição do empregado para a execução de suas tarefas. Em nenhum momento, o empregador poderá monitorar o conteúdo das mensagens enviadas ou recebidas por intermédio do e-mail pessoal do empregado. No que concerne ao e-mail corporativo, por se tratar de mera ferramenta de trabalho não está abrangido pela inviolabilidade do sigilo de correspondência, conforme preceito constitucional. Assim, é possível a sua fiscalização pelo empregador, sendo imprescindível o conhecimento prévio do empregado no ato da contratação. O empregador poderá exercer o seu poder fiscalizatório, através das ferramentas de trabalho eletrônicas, como computadores, internet e correio eletrônico, colocadas à disposição do empregado para a realização de seu labor, desde que não haja violação dos direitos de personalidade deste. (ALVARENGA, 2010).

Assim, caso esses direitos sejam ameaçados ou lesados pelo empregador, o empregado poderá pleitear judicialmente indenização pela violação dos direitos fundamentais à sua intimidade e sua privacidade para obter o ressarcimento dos danos morais e/ou materiais.

No que tange à questão da desconexão do trabalho como direito do empregado, busca-se o incentivo do uso da tecnologia com responsabilidade social, em prol da melhoria das condições de pactuação da mão-de-obra.

Para Brenno Grillo (2017), com a aprovação do direito à desconexão do trabalho, na França, passa a ser discutida no Brasil, a regra que dispõe que os empregados estão legalmente amparados para não responderem mensagens eletrônicas de seus chefes depois do horário de expediente. A norma foi editada depois que as novas tecnologias fomentaram o trabalho não

declarado fora do horário. A jurisprudência nacional aproxima-se da legislação francesa, na questão do sobreaviso. A confirmação da subordinação no trabalho à distância, ocorre por meio de registro de câmeras, de sistemas operacionais e de computadores, relatórios e ligações por celulares.

O direito à desconexão baseia-se no direito individual do trabalho de liberar-se das ordens emanadas do seu empregador nos interregnos de descanso legalmente estabelecidos e, também como prerrogativa da própria sociedade e da família. Expressa o direito do trabalhador ao descanso, tendo como pressuposto o papel exercido pela tecnologia na sociedade atual e, sobretudo, nos modos de produzir típicos do mundo do trabalho, com o uso de aparatos tecnológicos. (MAFFRA, 2015).

De acordo com Orlando José de Almeida e Daniel de Oliveira Varandas, (2017), o tema relativo ao direito à desconexão já é debatido nos tribunais brasileiros, sem o viés da legislação francesa. A legislação brasileira já trata do direito às horas prestadas quando o empregado fica sujeito a sobreaviso (artigo 244, parágrafo 2º, da CLT). No que tange ao trabalho remoto, foi alterada a redação do art.6º, caput e parágrafo único, da CLT. Logo, se existir o trabalho em jornada suplementar à estabelecida, mesmo que remotamente, serão devidas as horas de sobreaviso ou extraordinárias. O que se recomenda é que seja evitado abuso dos dois lados. O empregador deve respeitar os horários de descanso dos seus empregados, fazendo convocações de prestação de serviço em situações excepcionais, bem como, o empregado deve atender aos chamados encaminhados.

Para MAFFRA (2015), além de sua conotação trabalhista, o direito à desconexão está vinculado aos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao lazer, resguardados nos artigos 5º, X, e 6º da CF. O controle e a limitação da jornada são mecanismos indispensáveis para concretizar o direito à desconexão, evitando os abusos de sobrejornada que afetam o trabalhador e o próprio mercado de trabalho.

O reconhecimento do direito à desconexão representa a ampliação da tutela jurídica aos teletrabalhadores, bem como aos demais empregados submetidos a meios telemáticos informatizados de comando, controle e supervisão.

Portanto, por meio da técnica da ponderação realiza-se a devida valoração dos direitos em colisão, para que seja preservado o máximo de cada um deles, buscando sempre obter as soluções mais racionais possíveis com justiça, técnica e adequação ao próprio interesse social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais da pessoa humana, garantidos constitucionalmente e amparados pelos direitos trabalhistas, sancionam o legítimo exercício das atividades laborais, atendendo à prerrogativa de fiscalização deste, utilizando-se dos critérios de razoabilidade e ponderação.

Cabe ao empregador a negociação de regras que restrinjam a utilização das redes sociais de modo a satisfazer os fins empresariais sem que haja lesão aos direitos fundamentais do empregado. Para o equilíbrio na relação de trabalho entre empregado e empregador é preciso estabelecer as ferramentas disponíveis que podem ser utilizadas pelo empregador e seus limites.

Pela técnica de ponderação realiza-se a valoração dos direitos em colisão, para que seja preservado o máximo de cada um deles, buscando sempre obter as soluções mais racionais possíveis, com justiça, técnica e adequação ao próprio interesse social.

Em face de ausência de legislação específica os operadores de direito tem-se utilizado de normas gerais vigentes, por meio de analogia, flexibilizando e assegurando as garantias constitucionais.

Numa relação de trabalho o contrato tem como função social configurar os limites ao poder diretivo do empregador, colaborando para a construção de um ambiente contratual justo, ético e equitativo das relações negociais. Os avanços das formas de comunicação, nos quais a disponibilidade é comumente exercida, através dos aparatos tecnológicos, expõe a necessidade de maior atenção aos direitos trabalhistas, com enfoque no contrato de trabalho.

Portanto, nesta modalidade de contrato existe de um lado o empregado, que deve ter respeitados os seus direitos mais basilares, e do outro o empregador, detentor do poder diretivo, sendo que cada uma dessas partes tem os seus deveres e obrigações, mas a finalidade é única, pois ambos visam o bom desenvolvimento da atividade empresarial.

Assim, o direito à privacidade do empregado, em uma relação de trabalho, quanto ao uso dos aparatos tecnológicos, encontra limites no poder diretivo do empregador e vice-versa. Ambos não podem ser abusivos.

Os avanços das formas de comunicação, nos quais a disponibilidade é comumente exercida, através dos aparatos tecnológicos, expõe a necessidade de maior atenção aos direitos trabalhistas, com enfoque no contrato de trabalho, utilizando-se de normas gerais vigentes, por meio de analogia, flexibilizando e assegurando as garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Orlando José; VARANDAS, Daniel de Oliveira. Direito à desconexão do trabalho – períodos de descanso. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,M1259875,91041> >. Acesso em: 30.nov.2017.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A tutela dos direitos de personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artgo_id=014 >. Acesso em: 23.ago.2017.

_____. O poder empregatício no contrato de trabalho. **Jurisway**. Disponível em: < <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?idh=4824> >. Acesso em: maio.2017.

_____. Os limites do poder fiscalizatório do empregador quanto ao monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituredartigo_id=8096 >. Acesso em: 15.nov.2017.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Disponível em: < https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosJA-1pdh >. Acessos em: 23.ago.2017 e 17.set.2017.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11937-11984.

CALVO, Adriana Carrera. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. Disponível em: < <https://www.epd.edu.br/artigos> >. Acesso em: 23.ago.2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

DREWS, Renata. Uso de redes sociais no trabalho exige cuidado e bom senso para evitar demissão. Disponível em: < www.correio24horas.com.br/noticia/nid >. Acesso em: nov.2017.

GRILLO, Brenno. Aprovado na França, direito à desconexão é discutido no Brasil. **Conjur** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jan-24> >. Acesso em: 30.nov.2017.

GUIMARÃES, Bruno Alberto Soares. Whatsapp: até onde vai a inserção do direito nas novas fontes tecnológicas? **Jusbrasil**. Disponível em: < <https://brunoalbertosoaresguimaraes.jusbrasil.com.br> >. Acesso em: nov.2017.

KUMMEL, Marcelo Barroso; SILVA, Rosane Leal da. Os conflitos trabalhistas de correntes do uso das tecnologias informacionais no ambiente do trabalho. Disponível em: < <http://www.unifra.br/eventos/sepe2010/trabalhos/sociais/aplicados> >. Acesso em: 23.ago.2017.

LEMOS, Aline Danielle Araújo. O monitoramento do e-mail corporativo pelo empregador e a relativização dos direitos à intimidade e privacidade do empregado. Disponível em: < <http://www.dspace.bc.uepb.edu.br> >. Acesso em: maio.2017.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/13311>. Acesso em: 30.nov.2017.

MASSONI, Túlio de Oliveira. A incidência das redes sociais no direito do trabalho. Disponível em: < www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos >. Acesso em: nov.2017.

PAES, Arnaldo Boson. A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18664> >. Acesso em: maio.2017.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4774 > Acesso em: nov.2017.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. e SILVEIRA NETO, Antônio. A privacidade do trabalhador no meio informático. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: < http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=3723&n_link=revista_artigos_leitura >. Acesso em: 23.ago.2017.

RIBEIRO, Regis Rezende. Redes sociais e repercussões no direito do trabalho. Disponível em: < <https://regisrezenderibeiro.jusbrasil.com.br> >. Acesso em: nov.2017.

SANTOS, Daniela Laubé Zarza. O impacto do avanço tecnológico na legislação trabalhista. Disponível em: < www.migalhas.com.br/depeso/16,MI149194,91041 >. Acesso em: nov.2017.

SILVA, Guilherme Augusto Pinto da. O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador : o caso da inviolabilidade do correio eletrônico. Disponível em: < <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2> >. Acesso em: 23.ago.2017.

SILVA, Patrícia. Da função social do contrato nas relações de trabalho: limites ao poder diretivo do empregador. **Jusbrasil**. Disponível em: < <https://patriciasilva1702.jusbrasil.com.br/artigos/143364893> > . Acesso em: 03.nov.17.

SOUZA, Maurício Olímpio de. Direito do Trabalho – poder empregatício. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<http://ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17521>. Acesso em: 14.nov.2017.

VINAGRE, Bianca Dias Ferreira. Limites ao poder de fiscalização nas redes de trabalho. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/Bianca_Vinagre_N_USP_7938990>. Acesso em: 15.nov.2017.