

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE
TRABALHO

TALES RAFAEL MUNIZ BRAVO

RIO DE JANEIRO

2008

TALES RAFAEL MUNIZ BRAVO

FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE
TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Daniela Ribeiro Mendes

RIO DE JANEIRO

2008

Bravo, Tales Rafael Muniz.

Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho / Tales Rafael
Muniz Bravo. – 2008.
63 f.

Orientador: Daniela Ribeiro Mendes.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de
Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 59-60.

1. Obrigações do empregador – Monografias. 2. Poder diretivo. 3.
Fiscalização do correio eletrônico. I. Mendes, Daniela Ribeiro. II. Universidade
Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.654

TALES RAFAEL MUNIZ BRAVO

FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Daniela Ribeiro Mendes – Presidente da Banca Examinadora

Prof. Ms. Da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientadora

-

À minha mãe, Neusa Maria, por todo apoio,
dedicação e carinho que só uma mãe seria
capaz.

Conseguimos. De novo.

À minha orientadora, Profª Ms. Daniela Ribeiro Mendes, que ao longo de todo este trabalho, sempre de forma muito atenciosa, auxiliou-me dando conselhos, corrigindo meus erros, celebrando meus acertos e assim sabiamente me orientou.

Aos meus pais presentes em todos os instantes de minha vida, não importando qual fosse a situação. Meu eterno agradecimento por estarem sempre ao meu lado.

À minha família que apesar da distância muito me incentivou neste trabalho.

A Internet foi a mudança mais fundamental durante minha vida e para centenas de anos. Alguém outro dia disse, 'É a maior coisa desde Gutenberg', e então outra pessoa disse 'Não, é a maior coisa desde a invenção da escrita'.

Rupert Murdoch

RESUMO

BRAVO, Tales Rafael Muniz. *Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. 2008. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Trata-se de análise da questão do monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise das características e limitações dos direitos da personalidade com ênfase na diferenciação do direito à intimidade e do direito à vida privada. Na segunda parte do trabalho estuda-se as características do poder diretivo do empregador bem como o direito de propriedade em sua evolução histórica nas diversas constituições federais brasileiras e a função histórica da propriedade. A terceira parte dedica-se à fiscalização do correio eletrônico através dos estudos de sua natureza jurídica e da forma de resolução de conflitos de direitos fundamentais através do princípio da proporcionalidade assim como pela diferenciação da fiscalização (i) do correio eletrônico pessoal acessado do ambiente de trabalho, (ii) do correio eletrônico profissional enviado, e (iii) do correio eletrônico recebido e demonstra-se os benefícios de um uso social do correio eletrônico.

Palavras-Chave: Fiscalização; Correio Eletrônico; Ambiente de Trabalho.

ABSTRACT

BRAVO, Tales Rafael Muniz. *Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. 2008. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Examines the question of the monitoring of electronic mail in the workplace. For better understanding of the subject, the first part analysis the characteristics and limitations of rights of personality with emphasis on the differentiation of the right to privacy and the privacy. In the second part of the work studies the characteristics of the managerial power of the employer and the right of ownership in its historical development in various Brazilian federal constitutions and historical function of the property. The third part is devoted to monitoring the mail through the studies of its legal nature and form of conflict of fundamental rights through the principle of proportionality as well as the differentiation of surveillance (i) by personal electronic mail accessed from the workplace, (ii) by professional electronic mail sent, and (iii) by the electronic mail that is received and demonstrates the benefits of a social use of electronic mail.

Key-Words: Monitoring; Eletronic Mail; Workplace.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITO À INTIMIDADE	11
2.1 Conceito de direitos da personalidade	11
2.2 Características dos direitos da personalidade	12
2.3 O ensaio de Warren e Brandeis	14
2.4 Vida privada, intimidade, sigilo e segredo à luz da teoria alemã das esferas	15
2.4.1 <u>Direito à intimidade</u>	17
2.4.2 <u>Direito à vida privada</u>	19
2.5 Limitações ao direito à intimidade	20
2.5.1 <u>Interesse público</u>	20
2.5.2 <u>Consentimento do interessado</u>	21
2.6 Direito à intimidade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988	23
3 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR	25
3.1 Direito de propriedade	27
3.1.1 <u>Função social da propriedade</u>	33
4 FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO	42
4.1 Natureza jurídica	43
4.2 Colisão de direitos	46
4.2.1 <u>Resolução ante o princípio da proporcionalidade</u>	47
4.3 Fiscalização do correio eletrônico	49
4.3.1 <u>Correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho</u>	50
4.3.2 <u>Correio eletrônico profissional</u>	52
4.4 Uso social do e-mail	54
4.5 O monitoramento do correio eletrônico nas legislações estrangeiras	56
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O trabalho aborda o monitoramento do correio eletrônico nas relações de trabalho visando delimitar o poder diretivo do empregador em relação a esta matéria, tendo em vista a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e a Consolidação das Leis do Trabalho.

O tema ganha relevância a partir do momento que verificamos a transição da sociedade industrial em que vivemos para uma sociedade de informação, a qual tem como um de seus pontos centrais a disseminação de informações, e com isto o fortalecimento da idéia de que aqueles que detêm a informação passam a ter grande poder.

Em decorrência disto e somando-se à facilidade, à eficiência, ao alcance e ao baixo custo tem-se propiciado o uso da correspondência eletrônica pelas empresas visando à comunicação interna e externa.

Contudo, o uso dessa ferramenta de trabalho gera inúmeras questões de natureza jurídica pois o mesmo empregador que é proprietário do computador e aplicativos utilizados no trabalho também detém a organização da força produtiva e o direito de fiscalizar a correta utilização dos meios colocados à disposição do empregado para a realização do trabalho.

Tais fatos permitem intromissões na intimidade, fazendo surgir a pergunta se pode o empregado alegar os direitos à privacidade e ao sigilo de correspondência para impedir que sejam vasculhadas as suas navegações e o tráfego de mensagens de sua caixa postal eletrônica ou se pode o empregador, proprietário dos meios e quem contrata o trabalhador para utilização do computador em serviço, vasculhar o uso da rede.

A questão do controle ainda não possui lei que trate expressamente dos direitos e deveres tanto do empregador como do empregado, sendo necessário lançar-se mão de dispositivos diversos que por uma interpretação analógica permitem ao intérprete analisar o caso concreto.

É devido a esse vácuo legislativo que no presente trabalho busca-se estabelecer os limites entre o poder diretivo do empregador e a individualidade do empregado e com isto auxiliar no estudo de tema tão relevante na doutrina trabalhista.

Ressalte-se que o trabalho em questão tem como foco a discussão pela doutrina da relação empregador-empregado no que tange a invasão da intimidade do empregador e os

limites do poder diretivo do empregador, não entrando na seara da utilização do correio eletrônico como prova em processos judiciais.

A abordagem do tema será dividida em três capítulos. O primeiro tratará do direito à intimidade. Será analisado o conceito de direitos da personalidade e suas características, depois faremos a distinção de vida privada, intimidade, sigilo e segredo à luz da teoria alemã das esferas para que assim possamos melhor esclarecer a diferença de intimidade e vida privada. A seguir apresentaremos as limitações impostas ao direito à intimidade e finalmente o direito à intimidade como direito fundamental na nossa Constituição Federal.

No segundo capítulo, trataremos do poder diretivo do empregador. Buscamos expor seu conceito e características, bem como delimitar seus limites e apresentar as correntes que objetivam fundamentar o poder diretivo. Seguimos com o direito de propriedade, fazendo uma análise histórica de sua evolução no ordenamento jurídico e como foi dado tratamento a ela ao longo das constituições de nosso país. Tratamos também da sua função social, apresentando tanto seu conceito como características fundamentais.

No terceiro capítulo entramos na fiscalização do correio eletrônico, apresentando seu o conceito. Discutimos a respeito de sua natureza jurídica demonstrando diversas interpretações e o porquê de não haver consenso entre os estudiosos do tema. Analisamos então o conflito de direitos procurando estabelecer um equilíbrio entre o direito à intimidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Mostramos que há diferenças com relação a fiscalização do correio eletrônico corporativo da fiscalização do correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho. Ao encerrarmos o capítulo discorremos sobre a utilização social do correio eletrônico.

Por fim, expomos as conclusões a que chegamos após o estudo realizado deste trabalho.

2 DIREITO À INTIMIDADE

Antes de apresentar um conceito de direito à intimidade, faz-se necessário demonstrar que este direito está incluso nos chamados direitos da personalidade. Para tanto, apresentaremos primeiro o conceito de direitos da personalidade e suas características.

2.1 Conceito de direitos da personalidade

Para a satisfação de suas necessidades, o homem posiciona-se em um dos pólos da relação jurídica, comprando, emprestando, vendendo, contraindo matrimônio ou fazendo testamento, por exemplo. Desse modo, em torno de sua pessoa, o ser humano cria um conjunto de direitos e obrigações que se denomina patrimônio, que é a projeção econômica da personalidade.

Contudo, há direitos que afetam diretamente a personalidade, os quais não possuem conteúdo econômico direto e imediato, são os direitos da personalidade.

Como afirma Venosa “a personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos”.¹

Na lição de Carlos Alberto Bittar:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.²

É de Maria Helena Diniz o ensinamento de que os direitos da personalidade são:

Os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2008. v. 1. p. 167.

² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 1.

e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).³

Existem os direitos denominados personalíssimos por incidirem sobre bens imateriais ou incorpóreos e segundo as Escolas do Direito Natural são inerentes à personalidade. São eles os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação de pensamento.

A Constituição Brasileira em seu art. 5º enumera uma longa série desses direitos e garantias individuais. São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos. O Código Civil de 2002 também trata dos direitos da personalidade em capítulo próprio, trazendo de forma ordenada, pela primeira vez, o que denota a nova feição que assume o direito privado. Os direitos da personalidade, assim, estão expressos de forma genérica tanto no nível constitucional, de onde tira sua base, como no nível infraconstitucional, onde o Código Civil os enumera de forma mais específica.

A sociedade cada vez mais engrandece a discussão acerca da proteção à imagem, à privacidade, do direito ao próprio corpo etc.

Os direitos da personalidade constituem o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Distinguem-se dos direitos patrimoniais pois o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente surgirá quando transgredidos. É um pedido substitutivo, qual seja, uma reparação pecuniária indenizatória pela violação do direito, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violentado. Os danos que decorrem da violação desses direitos possuem caráter moral. Os danos patrimoniais que eventualmente podem decorrer são de nível secundário. Fundamentalmente, é no campo dos danos morais que se situa a transgressão dos direitos da personalidade. De fato, em linhas gerais, não há danos morais fora dos direitos da personalidade.

Assim, no dizer mais uma vez de Venosa “não há que se entender que nossa lei, ou qualquer lei comparada, apresente um número fechado para elencar os direitos da personalidade. Terá essa natureza todo direito subjetivo pessoal que apresentar as características semelhantes”.⁴

2.2 Características dos direitos da personalidade

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 102.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. p. 168.

Adriano de Cupis, citado por Edson Ferreira da Silva, afirma que “o que marca os direitos da personalidade como categoria jurídica autônoma é a sua tríplice configuração como *direitos privados, não patrimoniais e absolutos*”.⁵

Com efeito, nenhuma outra classe de direitos satisfaz a estas três condições.

Os direitos reais e os direitos provenientes das relações de família, por exemplo, embora apresentem algumas dessas características – aqueles são privados e absolutos e estes, privados e extrapatrimoniais – distanciam-se dos direitos da personalidade. Os primeiros por terem caráter patrimonial tornam-se disponíveis, transmissíveis e de modo geral negociáveis, como bens inerentes ao comércio jurídico, distinguindo-se dos direitos da personalidade que incidem sobre bens que estão fora do comércio. Já os segundos por serem oponíveis apenas a certas e determinadas pessoas, tendo por isso alcance restrito e limitado, caracterizam-se como direitos relativos, ao contrário dos direitos da personalidade que são absolutos pela sua oponibilidade *erga omnes*.

Os direitos da personalidade apresentam ainda como característica a impossibilidade de transmissão, ou seja, não podem ser objeto de cessão, nem de sucessão. Essa característica decorre da própria natureza dos bens respectivos, que não podem servir senão à pessoa do respectivo titular.

Outra característica é que em sua maioria são inatos, isto é, basta o nascimento da pessoa humana com vida para que integre todas as faculdades de que a natureza o dotou, como a vida, a integridade física e psíquica, além de atributos que são indispensáveis à vida digna em sociedade, tais como, direito a um nome, à liberdade, à honra e à intimidade.

A ninguém é dado viver a vida de outra pessoa, não podendo gozar diretamente da liberdade, da intimidade ou da honra de outrem.

Edson Ferreira da Silva analisando este peculiar traço dos direitos da personalidade assim os conceitua: “Direitos da personalidade são os que incidem sobre bens concernentes à individualidade de cada pessoa e, sendo insuscetíveis de gozo por outra, não comportam nenhuma forma de transmissão”.⁶

Entretanto, o autor faz ressalva quanto aos casos de transfusão de sangue e de doações de órgãos, que são partes destacadas do corpo que podem servir a outra pessoa, admitindo que excepcionalmente comportem transferência de titularidade. Passam a condição de coisa pois

⁵ CUPIS, Adriano de, ob. cit., pp. 27-31, *apud* SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003. p. 22.

⁶ *Ibid.* p. 24

deixam de compor a sua realidade orgânica. Contudo permanecem fora do comércio por contrariar o senso ético dominante.

Tal posição é acompanhada de Maria Helena Diniz que observa que “os direitos da personalidade podem tornar-se disponíveis quanto à sua projeção econômica ou para exploração humanitária, como ocorre com a exploração remunerada de imagem de pessoa famosa ou na cessão gratuita de órgãos ou tecidos”.⁷

Assim sendo, as características elencadas até aqui pelos diversos autores foram:

- a) São direitos inatos, que se adquirem simplesmente pelo nascimento, não se exigindo o concurso dos meios legais de aquisição;
- b) São direitos extrapatrimoniais, que não têm fundo econômico ou pecuniário. Em regra geral, inexistente patrimonialidade, porém nada impede que, como direito extrapatrimonial, tenha reflexos econômicos, que não invalidam a predominância do interesse moral. Por exemplo, a violação do direito à intimidade pode comportar uma reparação em dinheiro, através das perdas e danos;
- c) São direitos absolutos, pois são oponíveis *erga omnes*. Todas as pessoas estão obrigadas a respeitá-los frente ao titular; e
- d) São direitos intransmissíveis sendo por isso também indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, inalienáveis e imprescritíveis. Não podem se desvincular da pessoa do titular. O indivíduo até pode deixar de exercer um direito mas não pode renunciá-lo pois é um direito de caráter fundamental. O seu não uso, porém, não está sujeito à prescrição.

2.3 O ensaio de Warren e Brandeis

Para o estudo do direito à intimidade faz-se necessário comentar o marco jurídico que dá início à concepção moderna do direito à intimidade. Tal fato ocorreu em 15 de dezembro

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 19. ed., São Paulo: Saraiva. 2002. v. 1. pp. 120-121, *apud* BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. 1.ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 34.

de 1890, nos Estados Unidos, com a publicação do artigo “The right to Privacy” dos advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, na *Harvard Law Review*.

O motivo que levou os advogados a escreverem esse artigo foi a indiscrição da imprensa local que se preocupava em divulgar fatos íntimos em relação à vida privada, ao lar de Samuel D. Warren que era advogado e industrial, casado com a filha do senador Thomas F. Bayard, futuro Secretário do Estado, e vivia na alta sociedade bostoniana.

Esse artigo se transformou em ponto de referência constante para ulteriores pesquisas e reflexões acerca do lema. A matéria passou a ser discutida com status de teoria, propiciando as bases técnico-jurídicas da noção de intimidade.

O ensaio expressava o quanto a imprensa norte-americana, acostumada a constantemente romper a tranqüilidade do universo familiar e provado dos cidadãos,

havia ultrapassado as fronteiras da prudência e da decência, comprovando que “as fofocas” já não eram mais recurso de ociosos e corruptos, mas sim, grandes e proveitosas atividades comerciais que visavam ao lucro. Brandeis e Warren chegaram a observar o quanto satisfaziam ao público as fofocas sobre detalhes das relações sexuais das pessoas públicas. O ensaio precursor da matéria já demonstra o conflito entre direito à intimidade e direito à informação.⁸

Ainda em “The Right to Privacy”, os autores delimitam as fronteiras para a abrangência da intimidade. O direito de estar só não se restringe a publicações que tenham em seu teor matérias que sejam de interesse público; não impede igualmente a comunicação de assunto algum, desde que de acordo com a lei. Afirma a cessação do direito à vida privada quando do consentimento do interessado e, por fim, afirma que a verdade da alegação *exceptio veritatis* não serve como defesa.⁹

Dessa forma, o ensaio de Warren e Brandeis tornou-se um instrumento na defesa da intimidade, constituindo a base doutrinária para que os indivíduos não sejam vítimas da sociedade na violação de seu direito de estar só.

2.4 Vida privada, intimidade, sigilo e segredo à luz da teoria alemã das esferas

⁸ AIETA, Vânia Siciliano. A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 81, citando Carlos Fernández SESSAREGO em Derecho a la Identidad Personal, op. cit., p. 153, *apud* MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. 1. Ed. Curitiba: Juruá Editora. 2006. p. 32.

⁹ FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 23, *apud* MELO, Bruno Herrlein Correia de. **Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. 1. ed. Campinas: Servanda. 2007. p. 77.

Pelo que se expôs, é evidente que vida privada e intimidade são direitos da personalidade, componentes da integridade moral¹⁰.

Contudo, estabelecer seus limites, seus contornos é de grande dificuldade. A dimensão do que deve ser tutelado, e em que medida, representa grande desafio a respeito da preservação da intimidade e da vida privada¹¹.

O processo de elaboração doutrinária da Teoria Alemã das Esferas (*Sphärentheorie*) conduziu os alemães a estabelecerem critérios metodológicos, de forma a encaixar o direito à intimidade no universo dos direitos da personalidade. A teoria Alemã das Esferas estabelece a fixação de pólos distintivos, construídos pelo indivíduo e pela sociedade, de forma a elaborar círculos concêntricos de maior ou menor extensão¹².

Alguns autores usam indistintamente intimidade e vida privada como sinônimos, porém a maioria da doutrina consagra o oposto.

A intimidade, para José Afonso da Silva, foi considerada um direito diverso do direito à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Para o autor, a intimidade se caracteriza como a “esfera secreta do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.¹³ Já o direito à privacidade “engloba, em sentido amplo e genérico, todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou... o direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos...”.¹⁴

Segundo Sandra Lia Simon, a principal diferença é que a intimidade não compreende qualquer forma de repercussão na sociedade, enquanto que a vida privada, muito embora comporte situações de opção pessoal, envolve, necessariamente, a comunicação com

¹⁰ Limongi França especifica e agrupa os direitos da personalidade em direitos à integridade física, direitos à integridade intelectual e direitos à integridade moral, sendo esta composta pelo direito à liberdade civil, política e religiosa, direito à honra, direito à honorificência, direito ao recato, direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, direito à imagem, direito ao segredo profissional. BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. 1.ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 32.

¹¹ Neste sentido GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.123. “Com efeito, quanto ao direito à intimidade e à vida privada têm sido apontados, dentre outros existentes, a proteção de recordações pessoais, memórias, diários, vida amorosa, situação familiar, costumes do lar, diversões, confidências, dados pessoais, saúde, lembranças, inviolabilidade de correspondência, inviolabilidade de domicílio, sigilo profissional, sigilo bancário e até mesmo do lixo doméstico. Daí, ter-se a falsa impressão de que todos os direitos elencadas no inciso X do art. 5º da Constituição possuem o mesmo significado, o que, em realidade, não ocorre”.

¹² J. M. Otthon SIDOU em O direito à intimidade, p. 9 apud AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999. p. 100.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 209-210.

¹⁴ Loc. Cit.

terceiros. A simples garantia do direito à vida privada já compreenderia a proteção da intimidade, posto que esta está contida naquela. Assim, a intimidade está inserida no conceito de vida privada.¹⁵

Para os alemães a intimidade seria uma parte mais reservada da vida privada e estaria contida no seu universo.

A esfera privada (*privatsphäre*) é a de âmbito maior, sendo subdividida em outras esferas de progressões menores, na medida que a intimidade se for restringindo. Compreende comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público.

A esfera da intimidade (*vertrauenssphäre*) está contida no âmbito da esfera privada. No universo da intimidade participam somente aquelas pessoas que gozam de confiabilidade bastante do indivíduo e com as quais mantém alguma intimidade, estando excluído o público em geral.

Para Fermín Morales Prats a intimidade abrangeria “todo e qualquer evento ou notícia de que o indivíduo tenha sido partícipe, mas não queira que haja a divulgação, salvo para as pessoas de sua confiança particular, como, por exemplo, algumas manifestações orais entre o médico e cliente, ou manifestações escritas, como as correspondências epistolares que dizem respeito a feitos da vida íntima”.¹⁶

Na esfera da reserva (*vertraulichkeitssphäre*) estariam incluídos todos os temas sigilosos, que necessitassem de uma proteção especial contra a indiscrição.

Por último, é a esfera do segredo (*geheimsphäre*), a menor das esferas concêntricas, que compreende “a parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito”.¹⁷

2.4.1 Direito à intimidade

¹⁵ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr. 2000. p. 23.

¹⁶ Fermín Morales PRATS *apud* AIETA, Vânia Siciliano. Op. cit. p. 104.

¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 37 *apud* MORI, Michele Keiko. Op. cit. p. 32.

Uma boa definição de intimidade deve propiciar a sua diferenciação de outras realidades, que a doutrina confunde ou encontra dificuldades em distinguir, como a honra, a imagem, o nome, a reputação ou boa fama.

Edson Ferreira da Silva sugere que o elemento principal para se definir o que faz parte da intimidade deve partir da investigação quanto às razões em que se funda o interesse por resguardá-la.¹⁸

Continua o autor:

Temos que encará-lo como um fenômeno sócio-psicológico, em que os valores vigentes em cada época e lugar exercem influência significativa sobre o indivíduo, que em razão desses mesmos valores sente a necessidade de resguardar do conhecimento das outras pessoas aspectos mais particulares da sua vida.

Normalmente nos sentiríamos pouco à vontade ou mesmo muito constrangidos em aparecermos desnudos para outras pessoas, especialmente se elas estiverem vestidas.

Em culturas primitivas, como a das comunidades indígenas, a nudez faz parte dos costumes e não causa constrangimento a ninguém.

[...]

No entanto [...] nem os nossos indígenas, em situações normais se atreveriam a aparecer desnudos em locais públicos, onde todas as demais pessoas normalmente se apresentam vestidas. E isto porque sabem que chamariam a atenção, chocariam alguns e, de algum modo, provocariam nas outras pessoas reações não desejadas.¹⁹

Conclui afirmando ser influência dos valores sociais sobre as nossas atitudes, especialmente no que respeita ao sentimento de pudor. São esses valores que determinam o que sentimos e o que não sentimos necessidade de preservar do conhecimento alheio. Eles fornecem a base objetiva em que deve fundar-se a tutela jurídica da intimidade.

A intimidade, assim, tem a ver com o sentimento das pessoas, a respeito das questões que elas não se incomodam de participar aos outros e daquelas outras que preferem manter sob certa reserva. Este sentimento, no entanto, varia entre as pessoas e é diferente também em cada cultura, em cada tempo e em cada lugar.

Contudo, o bem da intimidade tem valor considerável em todas as culturas, em todos os lugares e em todas as épocas, não obstante algumas variações de intensidade e outras de conteúdo.

Em tempo, é muito oportuno o comentário de Edson Ferreira da Silva quando diz que:

Qualquer fórmula em que se queira circunscrever o bem da intimidade será tanto melhor se tiver uma tal generalidade que a permita encampar todas as variações possíveis deste sentimento humano e se for flexível o bastante para acompanhar as mutações que sofre ao longo do tempo, com variação do seu

¹⁸ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit. p. 41

¹⁹ Ibid. p. 41-42

conteúdo conforme a maior complexidade da vida social, que o avanço tecnológico influencia em várias direções.²⁰

Para o citado autor, o direito à intimidade deve compreender o poder jurídico de retirar do conhecimento alheio aspectos da nossa vida privada e de impedir qualquer forma de divulgação dela, que segundo um senso comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva.

Assim, pode-se afirmar que intimidade é o direito ao segredo pessoal ou de não ter certos aspectos íntimos de sua personalidade conhecidos pelos outros. É a esfera secreta e livre de intromissão estranha.

2.4.2 Direito à vida privada

José Afonso da Silva difere a vida exterior da vida interior. A primeira seria a vida pública, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas. Já a segunda refere-se à pessoa, aos componentes da família e amigos.²¹

Para José Cavero, vida privada “tem em conta a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, na esfera da comodidade onde as relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanecem resguardadas, ou, em melhor expressão, confinadas no próprio núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia”.²²

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao proteger a vida privada, se refere à vida interior, “como conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida”, completa o autor.

Consiste ainda na “faculdade que cada pessoa tem de obstar à intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação do ser humano”.²³

No âmbito das relações de trabalho, quando o empregador, no tocante a fato relacionado ao vínculo de trabalho, se intromete na vida privada do empregado, no

²⁰ Ibid. p. 51

²¹ SILVA, José Afonso. Op. cit. p.210

²² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 91 apud GUERRA, Sidney. Op. cit. p. 123.

²³ GUERRA, Sidney. Op. cit. p.125.

relacionamento familiar e no relacionamento social fechado que ele mantém e que se desenvolve fora das vistas da comunidade, desrespeita a privacidade do trabalhador e enseja a caracterização e reparação de dano moral.

É claro que certas informações podem ser perfeitamente normais. Um exemplo é sobre a vida familiar do empregado, quando destinada à verificação da possibilidade de uma transferência provisória ou mesmo de uma promoção para o exercício de determinado cargo, que exijam muitas vezes distanciamento por tempo prolongado, de difícil compatibilização com vida familiar normal.

Com isso, embora a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não faça referência aos direitos da intimidade e da vida privada, uma vez que são espécie dos direitos da personalidade assegurados na Constituição Federal, são oponíveis ao empregador, devendo ser observados independentemente de o trabalhador encontrar-se dentro do ambiente de trabalho.

2.5 Limitações ao direito à intimidade

Em alguns casos, estando presentes certas justificativas, será legítimos desvendar a vida particular ou familiar de um indivíduo, seus hábitos, vícios e preferências.

O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em sociedade. As delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado quanto pelas esferas pessoais dos demais cidadãos.

Assim, há duas hipóteses de limitação do direito à intimidade: o interesse público e o consentimento do interessado.

2.5.1 Interesse público

O interesse público é uma das razões devido as quais se consegue penetrar no espaço íntimo, porém não representa o fim da tutela ao espaço íntimo do indivíduo, mas apenas a redução do alcance desta tutela. Contudo não há justificativa se a intromissão na intimidade se tratar de mera curiosidade.

Nesse sentido Michele Keiko Mori ilustra que é

licita a publicação da fotografia do evadido de cárcere ou manicômio, de pessoa procurada pela Polícia ou pela Justiça, de pessoa perdida. Não se justificaria, entretanto, publicar a fotografia de um condenado, que já tivesse recebido a pena e que não merece tê-la ainda agravada, pela sua divulgação desnecessária.²⁴

No conflito entre interesse público e proteção da intimidade, de acordo com o entendimento da maior parte dos doutrinadores, o primeiro deve prevalecer, em razão da aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Individual. Segundo Michele Keiko Mori, esta solução tem fulcro no princípio da finalidade, “que traz em seu interior a aclamação do interesse público”²⁵, assim, reafirmando que a razão última de todas as normas é o bem comum. Contudo, é necessário que façamos a análise de cada caso concreto com bastante cuidado para evitarmos a banalização da utilização do interesse público como justificativa para transpor o direito à intimidade, pois o campo de atuação do interesse público tem recebido um entendimento cada vez mais extensivo.

2.5.2 Consentimento do interessado

A outra hipótese em que é possível invadir a esfera da intimidade é através do consentimento do titular do direito à intimidade. Entre os casos de excludente do crime de indiscrição, este é o melhor caso que desfigura a violação da intimidade. Paulo José da Costa Júnior assim entende e afirma que “penetrar na esfera da intimidade, por solicitação ou a convite do seu titular, seria tudo, menos crime de indiscrição”.²⁶

²⁴ MORI, Michele Keiko. Op. cit.. p. 52

²⁵ Loc. cit. p. 52.

²⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade. 2. Ed. Ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 47 *apud* MORI, Michele Keiko. Op. cit. p. 56.

Para Vânia Siciliano Aieta o consentimento do interessado “retira a ‘invasão da intimidade’ do universo da ilegalidade, conferindo ao ‘ato invasor’ um status de ato juridicamente perfeito, a partir da sua anuência”.²⁷

Michele Keiko Mori assim também entende e afirma que “a vontade do indivíduo no direito à intimidade tem papel decisivo e incontestável, pois o interessado pode livremente optar por deixar de exercer o seu direito”.²⁸

Assim, embora não possa renunciar indeterminadamente ao direito, visto seu caráter inalienável, o indivíduo tem a possibilidade de deixar de exercê-lo temporariamente, sendo importante ressaltar que o consentimento deverá ser fornecido para fim determinado, não restando implícita sua extensão tácita para outros fins.

Paulo José da Costa Júnior entende que “o fato de haver alguém permitido que fossem publicados artigos referentes à sua vida privada não dispensa sucessivos consentimentos específicos, sempre que venham a revelar novas particularidades da intimidade daquela pessoa.”²⁹

Cabe ressaltar que a anuência deve ser dada por todas as pessoas envolvidas no episódio. O consentimento de apenas um, ou alguns, não basta quando a intimidade de outros também esteja ameaçada.

Paulo José da Costa Júnior argumenta ainda que o consentimento tácito poderá ser excepcionalmente admitido quando o comportamento do titular for compatível com a postura de anuência, sendo esta dedutível, devendo-se fazer a *interpretatio voluntatis* com a necessária prudência.³⁰

Contudo, a doutrina diverge com relação a admissibilidade de presunção do consentimento. Milton Fernandes defende que o consentimento há de ser sempre expresso, mesmo quando a vida da pessoa flutue em lugares fronteiros à publicidade.³¹

Bruno Herrlein Correia de Melo adota posição intermediária, admitindo o consentimento tácito em razão da postura dedutível de anuência. Contudo somente a exposição da parcela mais externa da esfera da intimidade, considerando uma prudente *interpretatio voluntatis* de anuência nas esferas mais íntimas do indivíduo.³²

²⁷ AIETA, Vânia Siciliano. Op. cit. p. 167.

²⁸ MORI, Michele Keiko. Op. cit. p. 56.

²⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade. 2. Ed. Ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48 *apud* MORI, Michele Keiko. Op. cit. p. 56.

³⁰ *Idem*, p. 57.

³¹ FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 117 *apud* MORI, Michele Keiko. Op. cit. 2006. p. 57.

³² MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 107.

2.6 Direito à intimidade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988

Por derradeiro, o Brasil declarou no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 a proteção ao direito à intimidade. Tal direito encontra-se no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, assim transparecendo sua importância.

A previsão é importante pois como alerta Celso Bastos,

a evolução tecnológica torna possível uma devassa na vida íntima das pessoas. (...) Nada obstante, na época atual, as teleobjetivas, assim como os aparelhos eletrônicos de ausculta, tornam muito facilmente devassável a vida íntima das pessoas. ... Sem embargo, disso, sentiu-se a necessidade de proteger especificamente a imagem das pessoas a sua vida privada, a sua intimidade.³³

Leonardo Greco atesta que “a Constituição de 1988 foi extremante fecunda na expansão e consolidação de uma nova consciência jurídica dos cidadãos, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados”.³⁴

Enquanto direito fundamental, o direito à intimidade passou a gozar de um regime jurídico especial, tendo garantia de “cláusula pétrea”, à luz do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

A Magna Carta também faz perceber o direito à intimidade através de vários de seus dispositivos legais, ainda que indiretamente, tais como:

- a) O direito de resposta (art. 5º, inc. V);
- b) A inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI);
- c) A inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo restrição judicial (art. 5º, inc. XII);
- d) O resguardo da fonte, quando necessário para o exercício da profissão, em se tratando de informação (art. 5º, inc. XIV);
- e) O direito de inédito no universo autoral e da propriedade industrial (art. 5º, inc. XXVIII, alínea “a”);

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 194 apud GUERRA, Sidney. Op. cit. p.118.

³⁴ GRECO, Leonardo. O processo de execução. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.1 apud GUERRA, Sidney. Op. cit. 2007. p.118.

- f) A restrição à publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX); e
- g) O *habeas data* (art. 5º, inc. LXXII).

3 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador consiste na faculdade deste de dirigir pessoalmente a prestação de serviços dos seus empregados. Este poder está fundamentado no art. 2º da CLT. Pode ser dividido em:

- a) poder de organização;
- b) poder regulamentar;
- c) poder de controle; e
- d) poder disciplinar.

Amauri Mascaro Nascimento define o poder diretivo como “a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”.³⁵

Já Mauricio Godinho Delgado, “é o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”.³⁶

Decorrente do dever de subordinação, representa o outro lado da moeda em que a subordinação se encontra. Juridicamente, encontra seu fundamento no contrato de trabalho, ainda que, sob o aspecto sociológico, possa ter por fundamento a propriedade patronal dos meios e instrumentos de organização da atividade privada e a responsabilidade do empregador pelo risco do negócio.

Poder de organização é aquele em que o empregador pode definir os fins visados pela atividade escolhida, determinar a estrutura jurídica a ser adotada, e instituir os cargos, distribuir as tarefas e traçar as diretrizes, métodos e metas destinadas ao alcance dos fins escolhidos uma vez que é da própria natureza da empresa a coordenação desses fatores.

Empresa é a organização complexa que combina os fatores da produção, de modo que ao empregador cabe dar unidade no empreendimento, moldando-o para que cumpra as diretrizes a que se propõe.

Sendo detentor do poder de organização, cabe ao empregador determinar as normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado e que são expedidas por mero contato verbal, individual ou geral, ou por comunicados escritos, avisos, memorandos, portais etc.

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 692

³⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit. p. 55.

O poder regulamentar é o direito do empregador de fixar as normas técnicas e disciplinares das condições gerais de trabalho. Manifesta-se por meio de usos, costumes regulamento de empresa, circulares etc.

Poder de controle é o direito de fiscalização patronal quanto à execução das tarefas, conforme as diretrizes, métodos, metas e fins estabelecidos no contrato de trabalho. A atividade do empregado, sendo subordinada e mediante direção do empregador, não é exercida do modo que aquele pretende, mas do que é imposto pelo empregador.

Sendo inerente ao poder diretivo, a fiscalização é estendida não só ao modo como o trabalho é prestado, mas também ao comportamento do trabalhador, tanto assim que é comum a revista dos pertences do empregado quando deixa o estabelecimento. Contudo, realizar a revista íntima da empregada ou colocar câmeras nos banheiros são consideradas atitudes abusivas.

Pode disciplinar é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares segundo as diretrizes, métodos, metas e fins estabelecidos no contrato.

Porém, este poder diretivo não é absoluto, pois a lei, a moral, as normas coletivas, o laudo arbitral, a sentença judicial, as decisões administrativas, o contrato de trabalho, o regulamento de empresa e as deliberações dos órgãos de co-gestão poderão limitá-lo, até mesmo porque as empresas, de modo geral, também têm um papel social a desempenhar, além de cumprir os seus fins econômicos.

Questão levantada por Leda Maria Messias da Silva em relação aos limites do poder diretivo do empregador diz respeito a fazer alterações unilateralmente no contrato de trabalho. Diz a autora que embora seja permitida,

em casos especiais, fazer alterações no contrato de trabalho, é necessário que se tenha em conta o disposto no art. 468 da CLT, que é claro ao expor que nos contratos de trabalho só são lícitas alterações por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.³⁷

Todavia, o empregado utilizando-se do *ius resistendae*, ou seja, do poder que possui para se opor a modificações que o prejudiquem, pode pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme art. 483 da CLT.

O poder diretivo tem por fundamentos:

³⁷ SILVA, Leda Maria Messias da. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. **Net**, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/314/173>>. Acesso em: 17 set. 2008.

- a) a propriedade privada (correntes privatísticas – teorias do poder diretivo como decorrência da propriedade dos meios produtivos);
- b) a instituição (corrente institucionalista, da empresa como instituição – teorias da organização profissional do trabalho, no interesse social da empresa); e
- c) o contrato (correntes contratualistas – poder diretivo inserido num conjunto de direitos e obrigações decorrentes do contrato).

Para a corrente privatística, o poder disciplinar decorre da propriedade da empresa, do conjunto de bens pertencentes ao empregador. Quem tem a propriedade deve ter o correlativo direito de usá-la e dela desfrutar, e assim justificar-se-ia a atitude punitiva do empregador na defesa de sua propriedade.

Evaristo de Moraes Filho, citado por Amauri Mascaro Nascimento, afirma que

não há dúvida, que dentro do seu estabelecimento, é um empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sob o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negócio, julgando-se por isso senhor do céu e da terra. Tudo mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que resiste todo o poder hierárquico e disciplinar.³⁸

Desta forma, essa tese significa que o poder de um homem sobre o outro homem é em razão da propriedade.

Para a segunda corrente, existe o poder disciplinar do empregador porque dentro de uma comunidade devem existir os meios necessários aos seus membros no interesse do grupo social organizado para que possam ser constrangidos. Deve haver um poder ou uma autoridade inerente a toda instituição. Esse poder não é individual mas, sim, social, exercido, portanto, para o bem da coletividade. Expressa-se pelos meios necessários para o cumprimento das suas finalidades, as penas ou sanções disciplinares.

Para a terceira corrente, a contratualista, o fundamento do poder punitivo do empregador é o próprio contrato, expressão de autonomia da vontade das partes e do estado de sujeição decorrente do próprio vínculo de natureza contratual.

Embora o poder diretivo encontre na teoria contratual o melhor fundamento, é inegável que as demais teorias têm influência em certos aspetos da relação de emprego.

3.1 Direito de propriedade

³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 693.

O empregador tem assegurado no ordenamento o poder diretivo com fundamento no artigo 2º da CLT, o qual traz como um dos elementos do conceito do empregador a direção da prestação pessoal de serviços. Igualmente, o empregador possui a faculdade de zelar e defender o patrimônio com fundamento em princípio constitucional assegurado em diversos artigos da Constituição Federal, que é direito à propriedade.

Para Pontes de Miranda a propriedade, na acepção mais ampla, “[...] é o domínio ou qualquer direito patrimonial.”³⁹ Segundo conceitos de Manuel Ferreira,

direito de propriedade é a faculdade de usar a coisa compreendendo todos os atos de aplicação ou utilização. É o poder ou faculdade de fruição, compreendendo a utilização de todos os produtos objeto de propriedade. O direito de propriedade não é um direito absoluto, na sua extensão material, nem na consistência dos poderes que encerra.

A propriedade já existe desde longa data assegurada ao homem no desenvolvimento da história. A idéia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antigüidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado. A casa, o campo que a circundava e a sepultura nela localizada eram bens próprios de uma *gens* ou de uma família, no sentido mais íntimo, ou seja, como algo ligado aos laços de sangue que unem um grupo humano. Na civilização greco-romana, a propriedade privada, a família e a religião doméstica faziam parte da organização institucional da sociedade que não podia, em hipótese alguma, ser alterada, por deliberação popular ou por decisão dos governantes.

O núcleo essencial da propriedade, em toda a evolução do Direito privado ocidental, sempre foi o de um poder jurídico soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada. No Direito romano arcaico, este poder fazia parte das prerrogativas do *paterfamilias* sobre o conjunto dos escravos e bens, que compunham o grupo familiar. Prerrogativas soberanas, porque absolutas e ilimitadas, imunes a qualquer encargo, público ou privado, e de origem sagrada, por força de sua vinculação com o deus-lar.⁴⁰

A idéia de propriedade romana não permaneceu na idade média. A necessidade do poder político e absoluto do senhor feudal nas relações de vassalagem exigia que não sofresse qualquer espécie de restrição. A propriedade medieval assentava-se no feudo e na concessão

³⁹ Pontes de Miranda, 1971, p. 29.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Net*, Rio de Janeiro, [2008 ?]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 out. 2008.

do senhor de uma porção de terra e proteção militar em favor de seu vassalo em troca de respeito e fidelidade. Após o desaparecimento da organização Estatal, a Europa Ocidental foi fracionada em uma multiplicidade de pequenos senhorios quase por completo. Além disso, o próprio parcelamento da terra (domínio útil e eminente) dificultava a prática de negócios jurídicos e a mercantilização da propriedade.⁴¹

A propriedade moderna desvinculou-se totalmente da dimensão religiosa das origens e passou a ter marcadamente, com o advento da civilização burguesa, um sentido de mera utilidade econômica. O Direito burguês, segundo o modelo do Código Napoleão, concebeu a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre coisa determinada, visando à utilidade exclusiva do seu titular.

Também, na concepção prevalecente em todo o século XIX, a propriedade figurou como o instituto central do Direito privado, em torno do qual gravitariam todos os bens, em contraposição às pessoas. Na distribuição sistemática das matérias do Código Napoleão o livro primeiro é dedicado às pessoas, o livro segundo cuida dos bens e das diferentes modificações da propriedade, e o livro terceiro, das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade.

Por outro lado, a civilização burguesa estabeleceu a nítida separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o homem privado, como indivíduo e o cidadão, como sujeito da sociedade política. Nesse esquema dicotômico, a propriedade foi colocada no campo do direito privado, e essa dicotomia foi o alvo preferido da crítica socialista. Marx considerou a separação entre as esferas pública e a privada da vida social como simples discurso ideológico, uma vez que o Estado acabava sendo também apropriado pela classe proprietária.

42

No curso do século XVIII, a justificativa da subsistência individual e familiar transformou-se na garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público. Passou-se a resguardar a esfera pessoal de cada indivíduo contra as intrusões de outrem, através do direito natural ou pela idéia de contrato social.

O *Bill of Rights* de Virgínia, de 12 de junho de 1776, em seu primeiro parágrafo e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Nacional francesa

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Net**, Rio de Janeiro, [2008 ?]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 out. 2008.

em 1789, em seu art. 2º, apresentam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como "direitos inerentes" a toda pessoa, ou "direitos naturais e imprescritíveis do homem".

Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida, constitucionalmente, em sua dupla natureza de direito subjetivo e de instituto jurídico. Não se trata somente de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Trata-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial.

É importante ressaltar que a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, representou o elo de comunicação entre as esferas, nitidamente separadas, do Estado e da sociedade civil, pelo estabelecimento do sufrágio censitário. A transição do absolutismo político ao governo representativo foi assegurada pela classe proprietária.

É dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no cerne do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. A lógica do raciocínio tornou incoercível o movimento político reivindicatório. Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria caráter de direito fundamental da pessoa humana.

A evolução sócio-econômica ocorrida a partir de fins do século XIX veio, porém, alterar o objeto dessa garantia constitucional. A proteção da liberdade econômica individual e do direito à subsistência já não dependem, unicamente, da propriedade de bens materiais, segundo o esquema do *ius in re*, mas abarcam outros bens de valor patrimonial, tangíveis ou intangíveis, ainda que não objeto de um direito real.

O advento da civilização industrial expandiu as relações de trabalho assalariado e gerou demandas crescentes de proteção do emprego e de seguridade social, as quais autores e tribunais assimilaram, sob o aspecto funcional, à propriedade do passado.

Segundo Fábio Konder Comparato,

Há aí, sem dúvida – é o caso de dizê-lo – uma certa impropriedade conceitual, pois o direito a uma prestação positiva, gerador de pretensão contra um sujeito determinado, não pode ser confundido com o direito de uso, gozo e disposição de uma coisa, sem intermediação de quem quer que seja. Mas o sentido prático da extensão conceitual é bem claro: trata-se de atribuir àqueles direitos pessoais a mesma força jurídica reconhecida, tradicionalmente, à propriedade. Mesmo nos sistemas jurídicos onde os

direitos trabalhistas e de seguridade social foram alçados no nível constitucional, como ocorre no Brasil, a ressurgência de um capitalismo anti-social agressivo, que procura reduzir ou suprimir na prática tais direitos, quando não alterar o texto constitucional para esse efeito, veio demonstrar toda a importância de se recorrer, também aqui, ao velho conceito de propriedade, para garantia das condições mínimas de uma vida digna.⁴³

Por outro lado, a rápida e volumosa concentração populacional urbana, durante o século passado, aliada à destruição de grandes cidades devido a sucessivas guerras, obrigou vários Estados a intervirem legislativamente nas relações de inquilinato, reforçando os direitos dos locatários e limitando a autonomia negocial dos locadores. Ao direito tradicional de propriedade desses, opôs-se o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar, o qual passou, sob muitos aspectos, a gozar de uma proteção constitucional semelhante à daquele, enquanto não se constrói, nos diferentes sistemas jurídicos, um autônomo direito fundamental à habitação.

Ademais, a expansão desregulamentada do movimento de concentração capitalista, nas últimas décadas, tornou sempre mais precária a situação dos pequenos e médios empresários, esmagados pelo poder econômico das macroempresas. Foi preciso reconhecer que se estava diante de direitos patrimoniais indispensáveis à subsistência individual, e que mereciam, por conseguinte, uma proteção constitucional semelhante à dispensada tradicionalmente à propriedade.

No Brasil, o direito de propriedade sempre esteve previsto nas constituições. A Constituição Federal de 1824, que foi a primeira do Brasil independente, ainda na época do Império, incluiu o direito de propriedade no rol dos direitos individuais, em seu artigo 179. Era um direito absoluto, podendo ser excepcionado apenas pela desapropriação, que tinha como requisito básico a indenização em dinheiro. Em nada inovou a Carta Política de 1891, que inaugurou a República em nosso país. A propriedade continuava sendo um direito absoluto, nos mesmos moldes do Código Napoleônico. O artigo 72, § 17, que enfrentava a questão, era resultado das conveniências políticas da época, visto que a economia nacional estava amparada na agricultura do café. Não era de interesse dos latifundiários uma noção mais social do direito de propriedade.

A Constituição Federal de 1934, por sua vez, trouxe inovações nessa seara ao afirmar no artigo 113, 17, que o direito de propriedade não podia ser exercido de forma contrária ao interesse social ou coletivo. Não foi eficaz na tutela de interesses não-proprietários, uma vez que a lei complementar necessária para a regulamentação nunca foi editada. Mesmo assim, foi

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Net**, Rio de Janeiro, [2008 ?]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 out. 2008.

construtiva a influência exercida pelas constituições mexicana (1917) e alemã (1919). Esse texto constitucional não durou muito tempo, porque já em 1937 foi promulgada uma nova Constituição, que representou grande retrocesso. No art. 122, 14, não foi proibido o exercício contrário aos interesses sociais e coletivos, embora tenha sido reconhecido o caráter não-absoluto desse direito.

O cunho social característico da Constituição Federal de 1946 não poderia ter deixado de influenciar o direito à propriedade. O art. 141 garantia o direito como inviolável, salvo hipótese de desapropriação. Já o art. 147 trouxe mudança substancial, pois inaugurou em nosso ordenamento o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, permitindo a justa distribuição da propriedade. As relações sociais existentes continuaram injustas para os menos afortunados em virtude, contudo, do conservadorismo dos operadores do direito e da inércia da classe política em normatizar o dispositivo constitucional, como ocorre até hoje.

Já sob a vigência do regime militar, foi outorgada ao povo brasileiro a Constituição Federal de 1967, que foi profundamente modificada pela Emenda Constitucional de 1969. Na redação, pela primeira vez foi usado o termo função social para dispor acerca da necessária coexistência entre os interesses do proprietário e da sociedade. Assim era disposto nos artigos 157, III e 160, III. Entretanto, é necessário ressaltar que era princípio da ordem econômica e social apenas, não sendo elevado ao nível de garantia fundamental do cidadão, como faz o atual texto constitucional, o que acarreta vital diferença. Cumpre consignar, entretanto, que durante a vigência da Constituição de 1967 o referido princípio era aplicado exclusivamente à propriedade privada.

Em 1988 é que a propriedade privada, sobretudo a urbana, começa a tomar um novo rumo na legislação brasileira, ressaltando que, o Código Civil, diploma que regulou o direito de propriedade privada durante todo esse período foi o mesmo, de cunho liberalista, exclusivista e individualista de 1916.

O direito de propriedade também está assegurado pelo art. 1282 do Código Civil de 2002. O Código Civil regulamenta a propriedade privada urbana e insere em seu conteúdo os princípios constitucionais. Ainda que trate das relações pertinentes à propriedade no âmbito do direito privado, acolhe em seu conteúdo o Usucapião Especial e o princípio da função social da propriedade, também como repete normas previstas pelo Estatuto da Cidade. Embora garanta ao proprietário os direitos de usar, gozar, dispor e reaver o bem, também exige que o mesmo os faça de acordo com os ditames da justiça social.

Nota-se, deste modo, que há um conteúdo marcadamente axiológico na Constitucionalização do Direito Civil, uma vez que a Constituição é o lugar onde se encontram os valores individuais e sociais a serem realizados. As Constituições recolheram as transformações ocorridas no direito de propriedade e o trataram de forma diametralmente diferenciada em relação ao Código de 1916. Atualmente, através do Código de 2002, o tratamento do direito de propriedade privada caminha para a concordância com a ordem constitucional, uma vez que o Novo Código acolheu o objetivo previsto no princípio da função social da propriedade privada, cujo conteúdo imediato é elevar o princípio da dignidade da pessoa humana. A grande demonstração de tal afirmativa é a possibilidade de acesso à apropriação de bens por intermédio do Usucapião Especial Urbano, previsto no Código, na Constituição e regulamentado pelo Estatuto da Cidade.

Com base nos dispositivos que asseguram o direito de propriedade associados aos dispositivos legais que regulam o poder diretivo na relação laboral, o empregador considera legítima a adoção de medidas para a defesa do patrimônio da empresa, entre as quais o monitoramento do correio eletrônico de seus empregados.

3.1.1 Função social da propriedade

A propriedade está assegurada na Constituição Federal, porém como todo direito, não é absoluto e ilimitado, mormente quando se constata que, no inciso XXIII do art. 5º do mesmo diploma legal, a propriedade deverá atender a sua função social.

A idéia da função social da propriedade é muito antiga e está ligada à própria justificação do direito de propriedade que, mesmo quando privada, deve servir ao interesse social.

O princípio da função social da propriedade foi pela primeira vez mencionado no ordenamento jurídico pátrio na Constituição Federal de 1967. Com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a Carta de 1967 inclui a função social da propriedade como princípio basilar da ordem econômica e social (art. 160, III), coexistente com a garantia

da propriedade privada. Alguns chegam a encarar esse princípio como uma verdadeira hipoteca social sobre a propriedade.

Deve-se abandonar o ponto de vista romano da propriedade e adotar-se uma concepção finalista, de modo a adequar o instituto às atuais necessidades sociais.

Do ponto de vista histórico, a idéia de função social foi primeiramente trabalhada por São Tomás de Aquino, portanto guardando relação com a doutrina cristã da Idade Média. Algum tempo depois, o jusnaturalismo encarou esse princípio como uma necessidade da utilização dos bens como instrumento da efetivação da justiça divina.

Na sociedade liberal do século XIX, a propriedade foi instrumento de afirmação da inteligência e liberdade humana. O homem era livre para contratar e adquirir bens. Podia ser averiguada a supremacia do individualismo, sendo que o acúmulo de riquezas era sinônimo de poder e sucesso. Esquecia-se de que havia um grande contingente populacional à margem dessas possibilidades.

Foi nesse ambiente que a noção de função social da propriedade surgiu, originalmente, como reação ao abuso de direito. A jurisprudência francesa, em meados do século XIX, foi a responsável por essa construção jurídica. Tal hipótese era verificada na prática tendo em vista a concepção objetiva, pois era necessária a presença de três elementos: a intenção de prejudicar outro sujeito, a ação culposa ou negligente e a inexistência de um interesse sério e legítimo do agente. O aludido abuso de direito podia restar configurado não apenas na maneira como o proprietário usava o seu bem, mas também pelo modo como ele o alienava, ou seja, guardava relação com o direito de dispor. Essa teoria, como pode ser constatado, tornou-se insuficiente para atender às necessidades coletivas com o transcorrer dos anos, porque trazia como elemento necessário para o não-cumprimento da função social a intenção do proprietário de causar prejuízo a terceiros. Mas é sabido que o proprietário, ao agir de maneira egoística em relação a sua propriedade, não tem a intenção norteadora de prejudicar alguém, mas, sim, de beneficiar apenas a si próprio, o que implica o prejuízo da sociedade de maneira indireta. O conceito de função social evoluiu de tal maneira que nos dias atuais é segura a afirmação de que é possível o descumprimento da função social sem a necessidade da ocorrência do abuso do direito.

No momento histórico do final do século XIX, o marxismo fez severas críticas ao modelo de propriedade vigente, sustentando que ele era mobilizador de riqueza e representava o ideal capitalista de supremacia do capital sobre o trabalho. Alguns doutrinadores permanecem ainda vinculando o princípio da função social ao socialismo equivocadamente. Tal associação não procede, visto que a propriedade continua sendo privada, sendo tutelada e

garantida pela função social, que legitima o título adquirido, permanecendo sendo exclusiva e de livre transmissibilidade. Não obstante, o grande empresário que garante ao seu bem altos graus de produtividade estará dando a ele a devida destinação social. Deve o proprietário exercer seu direito de modo a realizar o interesse social, sem, entretanto, eliminar o domínio privado sobre o bem, sendo-lhe asseguradas as faculdades do uso, gozo e disposição.⁴⁴

Observa-se que o Estado, após a primeira guerra mundial, muda sua postura liberal, passando a intervir mais na economia, deixando de ser mero regulador. O objetivo dessa atitude mais participativa era diminuir as gritantes desigualdades sociais, buscando melhorar a vida dos marginalizados.

Frederico Fernandes Moesch⁴⁵ ao tratar do tema cita Leon Duguit que teve grande importância na elaboração da idéia de função social adotada atualmente, em muito por ter sido “defensor da idéia de que os direitos se justificam apenas quando têm como escopo contribuir para uma missão social”. Seu conceito de função social tornou-se clássica:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza social utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que deve se modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

O conceito de função social da propriedade também recebeu relevantes contribuições da Igreja. Desde Santo Ambrósio, que defendia uma sociedade mais justa com a propriedade comum, ou Santo Agostinho, que condenava o abuso do homem em relação aos bens recebidos de Deus, e São Tomás de Aquino, que afirma ser a propriedade um direito natural que deve ser exercido com vistas *bonum commune*, até os sumos pontífices, que criaram as diretrizes do pensamento católico sobre a propriedade, sempre, em todas as ocasiões, a Igreja avaliou a questão, visando a humanizar o tratamento legislativo e político do problema.

A função social, segundo a doutrina dominante, é parte integrante da propriedade: em não havendo, a propriedade deixa de ser protegida juridicamente, por fim, desaparecendo o direito. Nesse sentido, José Afonso da Silva: “função social se manifesta na própria

⁴⁴ MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia . **Jus Navigandi**, Teresina, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 03 out. 2008.

⁴⁵ MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia . **Jus Navigandi**, Teresina, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 03 out. 2008.

configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.⁴⁶

O código Civil em seu artigo 1228, parágrafo 1º, também consagra a função social da propriedade, uma vez que estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, entre outras, o que implica para o titular do direito outorgado uma série de ônus, como a exigência de um aproveitamento racional e eficiente⁴⁷. A garantia outorgada pelo constituinte ao direito de propriedade é de tal importância, que foi prevista constitucionalmente em cláusula pétreia.

Segundo Ferreira,

Ao direito de propriedade garantido constitucionalmente pelo inc. XXII do art. 5º da Carta Magna, segue-se o exercício da atividade econômica fundada na livre iniciativa, observando o princípio da propriedade privada – CF, art. 170, II. Em igual norte, o art. 1228 do CC assegura ao proprietário a faculdade de dar, gozar e dispor de seus bens.⁴⁸

No entanto, o empregador está submetido à responsabilidade pela reparação civil por atos que seus empregados pratiquem no exercício do trabalho que lhes competir – ou em função dele (art. 932, III, CC), embora haja culpa deles.⁴⁹

Neste sentido, afirma Belmonte,

Um das razões que levam ao rastreamento das navegações de e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados ‘Legal Disclaimers’ ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário – e não à Empresa – a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abalroamento ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto.⁵⁰

Para Simon, a essência do sistema capitalista, em vigor na maioria das sociedades do mundo contemporâneo, está justamente na propriedade: os capitalistas detêm os meios de produção enquanto os trabalhadores tão-somente dispõem da força de trabalho. Como a propriedade é a ênfase do sistema capitalista, conseqüentemente ela deve ser considerada o principal fundamento do poder diretivo do empresário. Entretanto, a Constituição Federal dá proteção somente à propriedade que cumpre com sua função social (artigo 5º, inciso XXIII).

⁴⁶ José Afonso da Silva. Op. cit. p. 286

⁴⁷ MEIRELES, Edilson. **O novo código civil e o direito do trabalho**. 3ed. São Paulo: LTr. 2005. p. 171.

⁴⁸ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit. p. 22-23.

⁴⁹ Loc. cit.

⁵⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit. p. 113.

O princípio da função social ultrapassa o interesse do titular do direito e revela-se como de interesse coletivo, estando vinculado à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país, conveniente à sociedade e ao interesse público.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello a expressão função social da propriedade pode abranger outro significado, ligado a objetivos de Justiça Social. Assim, deve haver comprometimento com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada. Com isso, o acesso à propriedade e o seu uso proporcionarão mais oportunidades aos cidadãos. Ainda, seria legítima, por exemplo, a legislação que instrísse normas que defendessem a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, conferindo-lhes participação nos lucros de qualquer empreendimento promovido por pessoa jurídica ou física com o concurso dos assalariados.⁵¹

Para Frederico Fernandes Moesch,

a função social representa um freio na conduta anti-social em relação à propriedade, mas não retira todo o seu exercício. Representa, isso sim, uma reação contra os desperdícios de potencialidade. O proprietário continua com as prerrogativas de usar, gozar, fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ainda é o dono, embora esteja permanentemente submetido ao controle social sobre o seu comportamento enquanto detentor do senhorio sobre a coisa. A propriedade, como já foi afirmado, continua sendo privada, sendo a função social, que não pode ser contrária ao direito mínimo, um instrumento de garantia dela, visto ser inviável qualquer tentativa de socialização sem prévia e justa indenização.⁵²

O exercício do direito de propriedade sempre sofreu limitações, deixando há muito tempo de ser absoluto. São exemplos desses limites impostos os direitos de vizinhança, os direitos reais sobre a coisa alheia e o poder de polícia.

Essas restrições não se confundem com a função social, visto que esta incide no conteúdo do direito, fazendo, portanto parte da estrutura. O limite sacrifica a extensão do direito em razão de interesse público ou privado, tendo noção negativa, ao contrário da função social, que pode impor ao proprietário obrigações positivas, como a obrigação de fazer. O limite, por conseguinte, não está apto a promover os valores fundamentais do ordenamento, que é a missão da função social. Esta, assim, acaba assumindo papel promocional.

Outra diferença importante é que as limitações atingem o exercício do direito, e não a substância. A função social atinge a essência do direito, modificando seu conteúdo, e é a razão pela qual o ordenamento tutela e garante o domínio, mas não chega a ser o motivo pelo

⁵¹ Celso Antonio Bandeira de Mello. **Novos aspectos da função social da propriedade**. Revista de direito público, São Paulo, v. 84. Pág. 44, out/dez. 1987.

⁵² MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia . **Jus Navigandi**, Teresina, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 03 out. 2008.

qual o direito é atribuído ao titular, uma vez que, inegavelmente, o principal objetivo do proprietário, em regra, é satisfazer seus interesses particulares. Defender o contrário nesse aspecto chegaria a ser ingenuidade. Assim, a função social legítima e justifica as intervenções legislativas, que devem ser submetidas ao exame de constitucionalidade.

A atribuição de poderes não é mais plena, sendo vedado ao proprietário exercer os direitos inerentes a sua condição de modo egoístico e inescrupuloso. Também não se dá, portanto, em caráter negativo, sendo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria possibilidade de efetuar suas atividades de senhorio sobre o bem. Tampouco se trata de ônus, pois a propriedade deve ser usada de maneira normal, cumprindo o fim para o qual se destina.

Ainda nessa linha de idéias, costumeiramente é feita uma diferenciação entre a propriedade que tem uma função social e a propriedade que é uma função social. A segunda é atribuída a alguém no interesse coletivo, encerrando deveres, obrigações e ônus, ao passo que a primeira permanece como situação subjetiva do interesse particular, que ocasionalmente é investido na função social.

Pelo exposto, pode ser afirmado que a propriedade, portanto, não se restringe apenas a uma relação entre sujeito e objeto, situação típica da idéia de direito real absoluto. Há, agora, um compromisso perante toda a coletividade. Por essa razão, é defendido por alguns que a propriedade deixou de ser apenas um direito real.

Os destinatários da função social seriam o titular do direito de propriedade, o legislador e o juiz.

Para o titular do direito ela assume o papel de princípio geral. A partir de então o titular não mais possui o livre arbítrio, uma vez que não pode perseguir fins anti-sociais. Para ser merecedor da tutela do sistema, deve proceder de acordo com o motivo pelo qual o direito lhe foi outorgado, que é a promoção dos valores fundamentais da República elencados pelo texto constitucional.

Já o legislador tem o dever de não conceder ao titular do direito poderes contraditórios à função social, mas sim os necessários para perseguir os objetivos constitucionais.

O juiz, por sua vez, está vinculado ao princípio no aspecto interpretativo da norma, assim como os demais operadores do direito, não sendo viável a aplicação de preceitos normativos incompatíveis. Da mesma forma, deve o princípio ser utilizado para suprir lacunas legais, visto que ele tem alcance geral. Deve ficar bem claro, no entanto, que não deve ocorrer o uso indiscriminado do princípio, além de seu alcance, visto que a sociedade não precisa nem anseia por um direito alternativo, tampouco resistência injustificável em aplicá-lo, configurando miopia jurídica, uma vez que o princípio tem normatividade. Esse problema se

transferiu da esfera normativa para a intelectual, pois alguns ainda não conseguiram se desvincular da noção história, e ultrapassada, do direito de propriedade visto de maneira absoluta e intangível, nos moldes romanos e napoleônicos. Daí a crise nessa seara do Direito Civil.⁵³

Outra discussão diz respeito à incidência do princípio da função social, pois alguns defendem que ele recai sobre todos os bens, ao passo que outros aduzem que ele incide apenas sobre os bens de produção, e não sobre os bens de consumo, utilizando critérios econômicos para tanto.

Os que se filiam a segunda corrente entendem que a função social apenas tem aplicação aos bens de produção, sob o argumento de que a utilidade dos bens de consumo é esgotada na própria fruição. Esses bens têm função restrita à subsistência individual ou familiar, sem maiores conseqüências sociais.

Contudo, para a primeira corrente o fato de o bem ser utilizado para subsistência individual não o exclui da incidência da função social, visto que esta não se resume à destinação econômica dada à coisa. Se o bem é por natureza destinado ao uso familiar, por exemplo, e assim é feito, não existe desperdício de potencialidade para a sociedade, pois essa utilização a torna mais rica, embora em pequena escala. Assim, qualquer propriedade, estática ou produtiva, tem uma função social, mesmo que às vezes o bem de consumo seja irrelevante para o Estado atingir os objetivos constitucionais, mesmo que ele cumpra sua função social pela mera apropriação e uso, visto que dessa forma atendem às necessidades humanas primárias. Quanto aos bens de produção, muitas vezes a busca da função social é mais complexa, sofrendo maior eficácia desse princípio.

Sobre a questão da função social, assim se posicionou o renomado civilista Silvio de Salvo Venosa:

As vigas mestras para a utilização da propriedade estão na Lei Maior. Cabe ao legislador ordinário equacionar o equilíbrio entre o individual e o social. Cabe ao julgador, como vimos, traduzir esse equilíbrio e aparar os excessos no caso concreto sempre que necessário. Equilíbrio não é conflito, mas harmonização.⁵⁴

Já Gustavo Tepedino assim leciona sobre a função social da propriedade:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos cofins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação

⁵³ MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia. **Jus Navigandi**, Teresina, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 03 out. 2008.

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2008. v. 5. p. 149

do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.⁵⁵

Tepedino afirma ainda que tal conclusão oferece suporte teórico para uma correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, segundo o jurista, “uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo”. A função social modificar-se de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

A propriedade deixou de conferir apenas poderes ao titular do direito, mas também deveres. Aparece o dever de usar o bem, de dar a ele uma finalidade social, cujo conceito não é retratado apenas em nosso país. Pelo contrário, pode ser constatado que a sua introdução na estrutura do direito de propriedade ocorre em diversos países do mundo, principalmente naqueles que possuem um ordenamento jurídico mais avançado e moderno.

Com relação ao empregador, este detém a propriedade do patrimônio e a força produtiva. Porém, sem esquecer que o direito de propriedade deve ser exercido com observância de sua função social. Detém o direito de fiscalizar os empregados na defesa de seu patrimônio e a utilização dos equipamentos colocados à disposição dos empregados para realização do trabalho, uma vez que poderá responder pessoalmente pelos atos praticados pelos empregados contra terceiros. Ele se sujeita às implicações oriundas de práticas ilícitas que os empregados venham a praticar, ao utilizarem recursos tecnológicos da empresa. No caso, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor. A responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), é indiscutível. Para prevenirem-se contra tais litígios, as empresas vêm adotando medidas preventivas a fim de não ficarem expostas a um enquadramento legal mesmo sem culpa, em função de atitudes danosas dos empregados.

No entanto, a faculdade concedida ao empregador de dirigir as atividades dos empregados não pode agredir a dignidade e a liberdade da pessoa humana, mormente numa sociedade democrática de direito, que tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa e solidária, além da busca da promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, I e IV, CF/88 –, objetivos esses que jamais poderão ser atingidos com inobservância da dignidade do trabalhador. Desta forma, o empregador no exercício do direito de propriedade

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 317.

não tem o direito de limitar e restringir o direito individual à intimidade e privacidade igualmente protegidos pela Lei Maior de nosso país.

A adoção do monitoramento dos equipamentos eletrônicos implica no confronto de direitos fundamentais, pois, de um lado, está o direito à intimidade; de outro, o direito de propriedade, sendo que ambos são constitucionalmente garantidos. Segundo Canotilho “o conflito de direitos surge quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular”.⁵⁶

⁵⁶ CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: livraria almedina. 1996.

4 FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO

O formato atual do correio eletrônico, ou e-mail, deve-se a Ray Tomlinson. Para diferenciar o nome e usuário, serviu-se de um signo com pouco uso e que não se confundia com outras instruções, o @, que em inglês tem o significado de *at* (em tal lugar) e enviou uma mensagem do computador que estava operando, para outro, situado ao lado em Cambridge, Massachussets. Os números, símbolos ou letras à esquerda significam a identificação do usuário no computador que ele possui acesso, enquanto o que está à direita, separado pelo @, é denominado de domínio (identificador do computador a que o usuário tem acesso).⁵⁷

Segundo Mário Antônio Lobato de Paiva, o correio eletrônico pode ser identificado pelas seguintes características⁵⁸:

- a) Meio eletrônico: utiliza meios eletrônicos de gestão e transporte;
- b) Assíncrono: não necessita sincronia de envio e recepção;
- c) Ubíquo: permite seu acesso em diferentes lugares;
- d) Digital: utiliza informação digitalizada; e
- e) Informático: está em relação com as tecnologias de informação.

O chamado correio eletrônico é forma de transmissão de mensagens à distância, por meio de uma rede de comunicações acessada por computador. É um meio de comunicação muito utilizado pelas empresas em razão da rapidez, confiabilidade na recepção e envio de mensagens, facilidade de arquivo, reenvio e integração, baixo custo. As mensagens são enviadas para um endereço virtual e depositadas em “caixa” eletrônica ou e-mail. O e-mail fica num servidor de mensagens, que normalmente é de propriedade da empresa.

Ocorre que a Constituição da República (art. 21, X) reserva à União a manutenção do serviço postal e o correio aéreo nacional, o que impede a exploração dos serviços de correio por provedores de acesso à Internet.

⁵⁷ TOMLINSON, Ray. The first email network. **Net**, Rio de Janeiro, [199-?]. Disponível em: <<http://openmap.bbn.com/~tomlinso/ray/firstemailframe.html>>. Acesso em: 25 out. 2008.

⁵⁸ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O e-mail no ambiente de trabalho: o uso social do e-mail. **Jus Navigandi**, Teresina, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2848>>. Acesso em: 17 out. 2008.

Por conseqüência, o chamado correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal. Trata-se tão-somente, de um meio de comunicação ou de correspondência, sendo o e-mail apenas um depósito de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual.

Para os efeitos da relação de emprego, o e-mail corporativo⁵⁹ é uma ferramenta de trabalho, porque destinado à realização do serviço.

4.1 Natureza jurídica

Muito se discute a respeito da natureza jurídica do correio eletrônico. A divergência reside se caberia a equiparação da correspondência eletrônica à correspondência postal ou se ela se enquadra em outro tipo.

O correio eletrônico seria entendido como uma correspondência? Em caso positivo, correspondência fechada ou aberta? Pode ser equiparado a um cartão postal, uma vez que a Internet é um veículo aberto? Ou seria equiparado a uma conversa telefônica? Seria um conjunto de dados? Há os que argumentam que não havendo legislação regulando o assunto, a sua natureza seria *sui generis*.

Para Ana Amélia Menna Barreto de Castro Pereira o preceito constitucional que resguarda o sigilo de correspondência não se aplica à utilização do correio eletrônico posto pelo empregador à disposição do empregado para execução de suas tarefas.⁶⁰

O correio eletrônico não seria correspondência definida pela legislação específica, aplicável ao serviço postal já que a mensagem eletrônica não circula por meio do serviço postal previsto na lei, trafegando pelo sistema operacional do empregador. Sustenta que o sigilo que merece proteção opera-se em favor do titular da ferramenta de trabalho e que protege as informações confidenciais de interesse da empresa.

⁵⁹ O e-mail corporativo é disponibilizado pelo empregador aos seus empregados, ou disponibilizado aos sócios de um empreendimento, visando o desenvolvimento de atividade profissional. O e-mail corporativo é de propriedade do empregador. SALDAN, Eliane; MILLEO, Maritza Fabiane. Monitoramento e interceptação de e-mail. **CBEJI**, Rio de Janeiro, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cbeji.com.br/br/novidades/artigos/main.asp?id=285>>. Acesso em: 20 out. 2008.

⁶⁰BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit. p. 64.

Adriana Carreira Calvo defende que por não estar na definição de correspondência do art. 47 da Lei nº 6.538/78, que dispõe dos serviços postais, o correio eletrônico não poderia ser classificado como carta ou telegrama.⁶¹

Afirma ainda que de acordo com o art. 21, X da Constituição Federal e com o art. 2º da Lei 6.538/78, os serviços de correio são aqueles explorados em caráter exclusivo pela União através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações, o que traz como consequência o impedimento dos servidores de Internet prestarem serviço postal ou de telegrama, dessa forma os correios eletrônicos não poderiam se confundir com a definição de carta e telegrama tratada na Lei.

Bruno Herrlein Correia de Melo cita o conceito de correspondência de De Plácido e Silva, segundo o qual as correspondências compreendem “todos os meios de comunicação escrita que possam pôr em ligação duas pessoas distantes, na intenção de manterem uma troca de idéias ou de vontades entre si”, para afirmar que por essa classificação estaria o correio eletrônico inserido neste conceito.⁶²

Acrescenta ainda que De Plácido e Silva subdivide a classificação da correspondência em duas: a correspondência epistolar que seria “aquela que se promove por meio de cartas, cartas-bilhete ou quaisquer outros escritos diretamente feitos e assinados pelas partes”, e a correspondência telegráfica sendo “a que, embora promovida pelas partes, não é entregue em original, mas pelo despacho telegráfico, radiográfico ou telefônico que chega às mãos das mesmas”.

Baseado na classificação e posterior subdivisão de De Plácido e Silva, Correia de Melo entende que o correio eletrônico constitui modalidade diferente das apresentadas, sendo portanto modalidade *sui generis*.

Conclui dizendo,

portanto, se faz necessário o surgimento de uma terceira modalidade classificatória: a correspondência eletrônica, que, com inspiração nas classificações anteriores, poderia ser definida como aquela que, embora promovida entre as partes, não é entregue em original, mas pelo despacho eletrônico que chega à caixa de mensagens eletrônicas das mesmas.

Em adição, cabe ressaltar que a correspondência eletrônica se distinguiria da correspondência telegráfica em razão do seu meio de despacho e do modo como é recebida, sendo certo que a correspondência eletrônica não encontra restrições físicas para o seu recebimento, podendo a mesma mensagem ser recebida no computador particular, no computador profissional ou em qualquer outro aparelho eletrônico que contenha um programa para o seu recebimento.⁶³

⁶¹ MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 113-114.

⁶² *Ibdi.* p. 111.

⁶³ *Ibdi.* p. 112.

Para Mario Antonio Lobato de Paiva as diferenças entre correio eletrônico e correio postal não podem ser consideradas de maneira radical pois apesar de terem suas peculiaridades ambos devem respeito a ordem legal vigente.⁶⁴

Entende o referido autor que “o sentido de correio é similar aos dois porém o modo de execução é diferente”.

Alexandre Agra Belmonte defende que “correio eletrônico” tem sentido atécnico pois a Constituição Federal em seu art. 21, X reserva à União a exploração dos serviços postal e de telegrama, não sendo este o modo pelo qual o e-mail circula.⁶⁵

Belmonte acrescenta que “mesmo não circulando via correio, o e-mail está entre os objetos descritos no artigo 7º, §1º da Lei n. 6.538/78, que relaciona o que é passível de ser chamado de “objetos de correspondência”: carta, cartão-postal, impresso, cecograma e a pequena encomenda”.

Conclui afirmando que pode a mensagem eletrônica ser entendida como objeto de correspondência não importando se a natureza for de carta ou for de cartão postal, sendo passível de proteção direta pelo sigilo das comunicações e, indiretamente, pelo direito à intimidade.

O Ministro Nelson Jobim durante um congresso de Direito Eletrônico na cidade de São Paulo em 2000, comentou a tendência do STF considerar a violação do e-mail não como violação de correspondência (inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal), mas da privacidade (inciso X do mesmo artigo), mostrando a tendência de não se equiparar o e-mail a carta em nosso sistema legal.⁶⁶

A posição do ministro parece ser o melhor entendimento. O e-mail não está entre os objetos descritos na Lei nº 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais e em seu artigo 7º, parágrafo 1º relaciona o que é passível de ser chamado de "objetos de correspondência", entre os quais temos apenas carta, cartão-postal, impresso, cecograma e a pequena-encomenda. Vale ainda dizer que a definição de “carta” nesta mesma lei, em seu artigo 47 diz expressamente ser esta “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário”.

⁶⁴ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Correio eletrônico x correio postal . **Jus Navigandi**, Teresina, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3223>>. Acesso em: 19 out. 2008.

⁶⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit. p. 65-66.

⁶⁶ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?. **Jus Navigandi**, Teresina, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 17 out. 2008.

Porém, ainda que não seja o e-mail considerado uma correspondência fechada, há de se dizer que sua violação indevida realmente configura uma lesão a privacidade das pessoas. O direito é uma via de mão dupla: a empresa tem o direito de regular o uso de suas instalações, equipamentos e demais instrumentos de trabalho colocados ao dispor de seus funcionários, mas estes têm seus direitos a liberdade e privacidade. Se ambos têm direitos, aparentemente opostos, como então conciliá-los? É o que será estudado a seguir.

4.2 Colisão de direitos

Como visto nos capítulos anteriores, tanto o direito à intimidade como o direito de propriedade privada, que embasa o poder diretivo do empregador, são direitos fundamentais que têm sua eficácia no plano privado garantida pelo direito constitucional. A colisão entre eles é bastante evidente. Desta forma, é necessária uma análise desse conflito para que possamos melhor entender a questão da fiscalização do correio eletrônico e, assim, estabelecer um equilíbrio entre esses dois direitos fundamentais.

A colisão pode se dar de forma aparente ou de forma real.

A colisão aparente se dá quando o recurso a outras regras e princípios jurídicos basta para a resolução do conflito. De uma forma geral, os direitos limitam-se por duas circunferências, quanto à sua extensão: uma menor, que determina sua incidência mínima sem a qual a sua própria existência estaria comprometida pela inutilidade, e outra maior, que estabelece a extensão máxima do direito, da qual o transpasse representaria o abuso de direito. Dessa forma, dois direitos podem colidir de forma superficial, ou aparente, no entanto sem danificar seus limites imanentes ou os descaracterizar em sua essência.⁶⁷

Assim, através da simples definição de seu real alcance algumas colisões aparentes de direitos podem ser sanadas, restando possível a redução de seu raio de influencia até seu limite mínimo, sem prejuízo algum para o direito.

Em casos de colisão aparente de direitos, o que ocorre é uma limitação intrínseca e não extrínseca, quando se daria efetivamente um conflito.

⁶⁷ MELO, Ricardo M.C. de. Reflexões acerca do direito à intimidade do empregado na violação do registro de e-mail (limites do poder de direção à luz do princípio da proporcionalidade). Revista Jurídica: UNIFACS, jul. 2003. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_julho2003/principal.htm>. Acesso em: 01 out. 2003 apud MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 142.

A colisão é efetiva quando o exercício de uma prerrogativa encontra óbice na existência de outra, de forma que a solução do impasse não seja passível de resolução intrínseca. Para a solução deste problema, a melhor doutrina estabeleceu regras para a manutenção da harmonização dos direitos, utilizando critérios dentre os quais o hierárquico, o temporal e o de maior especificidade da norma.

Contudo, se os critérios clássicos não bastam para a resolução da celeuma de uma colisão efetiva, como ocorre no embate entre o poder diretivo do empregador, baseado na norma constitucional da propriedade empresarial, e o direito à intimidade do empregado, também abalizado em preceito constitucional, deve-se recorrer aos princípios gerais do direito, onde se encontra solução para esta colisão efetiva.

4.2.1 Resolução ante o princípio da proporcionalidade

No caso em estudo não há como haver a superposição de um direito em relação ao outro, pois tornar-se-ia inviável a relação de emprego. Caso se aceitasse a possibilidade do empregador devassar completamente a vida privada de seus empregados tornaria insuportável o ambiente de trabalho.

Por outro lado, se o direito à intimidade do empregado prevalecesse por completo ante o poder diretivo do empregador, nas palavras de Correia de Melo “veríamos o completo descrédito do exercício mercantil, pois, além de suportar o ônus do risco da atividade, os empregadores viveriam na desconfortável incerteza de se, em contrapartida ao salário que paga, recebe uma prestação do serviço satisfatória”.

Para evitar este impasse, Leila Carioni Barbosa alude que Konrad Hesse considera uma dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais: uma subjetiva individual, radicada na realização dos direitos fundamentais da pessoa humana; e outra objetiva, que apregoa os valores da comunidade política. Dessa forma, Konrad Hesse ensina que a dimensão objetiva também relativiza a subjetiva, de forma a buscar harmonizar os interesses da comunidade, e a harmonização dessas dimensões se dá através do princípio da proporcionalidade, como engrenagem do mecanismo político-constitucional na harmonização dos interesses.⁶⁸

⁶⁸ HESSE, Konrad. *In* Barbosa, Leila Cariono. Princípio da Proporcionalidade e Colisão de Direitos Fundamentais. Revista Discente On-line, Santa Catarina: CPGD/UFSC, ano I, nº 1, dez/2002. Disponível em

A referida autora conclui considerando a unidade harmoniosa constitucional, ressaltando que os direitos fundamentais têm natureza relativa e esta pode ser vislumbrada através da utilização do princípio da proporcionalidade.

Deste modo, encontramos porto seguro no princípio da proporcionalidade, o qual se tem notícias de sua existência deste o Direito Romano, porém sua utilização em legislações somente se deu com o incremento dos Estados Democráticos de Direito, há duzentos anos, aproximadamente.

O princípio da proporcionalidade, além de servir como método verificador da legitimidade de eventuais intromissões dos poderes públicos dos poderes públicos na esfera privada dos direitos e liberdades públicas dos cidadãos, mais do que isso, deve servir como critério orientador para a resolução do conflitos entre os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos nas mais variadas espécies de relações jurídicas, principalmente a relação de emprego.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade pode ser pensado em três subprincípios:

- a) o princípio da adequação afirma que um meio – limitação de um direito fundamental – se mostrará adequado na medida em que a sua utilização contribua para o alcance da finalidade da proposta. O princípio da adequação significa que se deve indicar se determinada medida constitui o meio certo (adequado) para se chegar em um fim baseado no interesse público. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim;
- b) o princípio da exigibilidade, também chamado de princípio da necessidade, pressupõe que não se deve esquecer que ao tomar a decisão de limitar o direito há de se escolher a alternativa menos gravosa, sempre que seja igual, em eficácia, que o resto de medidas apropriadas. Constitui o princípio da escolha do meio mais suave e menos oneroso ao cidadão; e
- c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma que, para que seja possível uma intervenção legítima no âmbito dos direitos fundamentais, o grau de realização do objetivo da ingerência deve pelo menos equivalente ao grau de afetação do direito fundamental.

Em complemento, incumbe acrescentar a inteligência de Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, à luz de critérios desenvolvidos pela jurisprudência espanhola, segundo a qual o

<<http://cej.ufsc.br/revistadiscente/textos/n1/artigos.htm#>>. Acesso em: 12 jan. 2004 apud MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 146.

princípio da proporcionalidade somente encontraria possibilidade de aplicação quando percebidas.⁶⁹

- a) a compatibilização e harmonização dos direitos, para que se consiga a realização simultânea de ambos em grau ótimo;
- b) a manutenção do núcleo essencial do direito, que é inatingível; e
- c) a proporcionalidade entre o bem que se limita e o bem que se protege.

Pondo em prática o princípio da proporcionalidade, com a utilização de seus três subprincípios, percebe-se que reclamar a atuação plena tanto do poder diretivo quanto do direito à intimidade do empregado na relação de emprego restaria em uma total incompatibilidade com os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito, pois inexistente direito absoluto ante todos os demais.

Pelo exposto, compreende-se que os critérios apresentados têm por finalidade permitir a realização do Direito, afastando as contradições e permitindo a valorização de bens jurídicos em conflito, diante de circunstâncias que justifiquem o procedimento.

4.3 Fiscalização do correio eletrônico

Em matéria de direito poucas questões podem ser resolvidas de maneira simples, e esta é uma das mais delicadas. Devemos a princípio nos afastarmos de posições radicais: não podemos afirmar que o empregador em nenhum caso pode acessar o e-mail dos empregados uma vez que se choca com a própria lógica do que seja a prestação laboral, e tampouco se pode afirmar que o e-mail, por ser um instrumento de trabalho, tem que estar em todo o caso a disposição do empresário.

Também não se pode afirmar que o empregado pode invocar de forma indiscriminada seu direito à intimidade, nem tampouco que o empresário pode acessar em qualquer caso o conteúdo de um instrumento de trabalho como o correio eletrônico uma vez que não existem direitos absolutos: nem o da liberdade de controle da empresa e o de propriedade do e-mail

⁶⁹ MELO, Ricardo M.C. de. Reflexões acerca do direito à intimidade do empregado na violação do registro de e-mail (limites do poder de direção à luz do princípio da proporcionalidade). Revista Jurídica: UNIFACS, jul. 2003. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_julho2003/principal.htm>. Acesso em: 01 out. 2003 *apud* MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 148.

que pode invocar o empregador, nem o direito do empregado a inviolabilidade irrestrita de suas comunicações.

Portanto, o estudo da fiscalização do correio eletrônico, para que todo o tema seja analisado em todas as suas nuances, deve ser dividido. Deve-se fazer a separação da fiscalização do correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho da fiscalização do correio profissional. Tal divisão tem por objetivo delinear os limites entre direitos dos empregadores e direitos dos empregados tendo sempre em mente, para tanto, os baluartes do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação e a exigibilidade dos meios utilizados.

4.3.1 Correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho

No correio eletrônico pessoal, a pessoa física contrata os serviços de um provedor de acesso com a finalidade de criar um endereço eletrônico pessoal. A comunicação se realiza através de conta privada do usuário, que detém sua titularidade e suporta seus custos.

É evidente que as mensagens que trafegam por meio do correio eletrônico pessoal estão protegidas pelo direito à intimidade quando acessadas fora do ambiente laboral. Porém, o acesso ao correio eletrônico pessoal quando efetuado no ambiente de trabalho gera controvérsia doutrinária no tocante ao cabimento de fiscalização por parte do empresário.

Mauro César Martins de Souza é um dos que defende a fiscalização do correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho. O autor justifica sua posição argumentando que:

O correio eletrônico é uma ferramenta de trabalho dada pelo empregador ao empregado para realização do trabalho, portanto sobre ele incide o poder de direção do empregador e conseqüentemente o direito do mesmo fiscalizar seu uso pelo funcionário. Os endereços eletrônicos gratuitos e ou particulares, desde que acessados no local de trabalho, enquadram-se, em tese, no mesmo caso.⁷⁰

Sérgio Ricardo Marques Gonçalves compartilha da mesma idéia. Acredita que o e-mail particular consultado no equipamento da empresa torna-se passível de monitoramento,

⁷⁰ SOUZA, Mauro César Martins de. E-mail (... net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direitos>>. Acesso em: 16 jul. 2003 *apud* MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 163.

não podendo o empregado durante o horário de trabalho “ter sua atenção voltada para outra coisa senão os afazeres de seu ofício”.⁷¹ Conclui que

a consulta a e-mail particular e a navegação por páginas que não tenham relação com seu trabalho, deixam o empregado em situação que pode configurar desídia no cumprimento de suas funções, prevista no artigo 482, alínea "E" da Consolidação das Leis do Trabalho sendo, como tal, motivo para rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Aliás, praticamente todas as condutas do citado artigo da CLT são, costumeiramente, praticadas por empregados através do uso do e-mail das empresas onde trabalham, inclusive os chamados atos lesivos à boa honra e mau procedimento, como boatos e críticas as chefias.

A posição adotada pelos citados autores soa de forma bastante inflexível já que o correio pessoal se encontra completamente a margem da relação laboral. Autores como Correia de Melo, Belmonte e Mário Antônio Lobato de Paiva se posicionam contrários a fiscalização do correio pessoal.

Correia de Melo assim expõe,

nos parece sobremaneira radical o entendimento de que até mesmo o correio eletrônico pessoal poderia ser objeto de fiscalização quando acessado através de computador de empresa, tendo em vista seu extremo caráter particular e o fato de que este é indubitavelmente de propriedade do próprio trabalhador, não havendo sido cedido pela empresa. Destarte, entendemos que a violação do correio pessoal, onde quer que seja acessado, constitui patente invasão de privacidade estando, conseqüentemente, passível de reparação pelo dano sofrido.⁷²

Mário Antônio Lobato de Paiva acredita que, em se tratando do correio eletrônico particular do trabalhador, “é evidente que qualquer intromissão do mesmo poderá ser considerada uma violação a direitos constitucionais de cidadão”.⁷³

Contudo o mesmo doutrinador ressalta que a impossibilidade jurídica de fiscalização não impede que a empresa imponha a proibição ou restrição da utilização do correio eletrônico particular durante a jornada de trabalho.

Belmonte adota posicionamento parecido com o de Paiva. Propõe que deva haver um controle meramente formal, isto é, o empregador pode bloquear ou proibir o acesso em horário de serviço ou a utilização por intermédio de seu equipamento, mas não poderá exercer o controle material, o controle sobre o conteúdo das mensagens.

⁷¹ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?. **Jus Navigandi**, Teresina, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em.: 17 out. 2008.

⁷² MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 164.

⁷³ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Correio eletrônico x correio postal. **Jus Navigandi**, Teresina, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3223>>. Acesso em.: 19 out. 2008.

4.3.2 Correio eletrônico profissional

O e-mail corporativo que a empresa coloca à disposição do empregado para utilização em serviço, não tem e nem poderia ter, a mesma característica do e-mail particular. A correspondência eletrônica corporativa trafega através da rede privada de computadores da empresa, suportando o empregador, na qualidade de proprietário dos equipamentos e titular da caixa postal, os custos do registro e outros relativos à prestação de serviços de provimento de acesso e conexão à internet.

Na qualidade de ferramenta de trabalho que é, com a finalidade de ser utilizado em serviço e em prol do serviço, está sujeito à vigilância e controle do empregador, independentemente da cláusula de invasão de privacidade.

Mário Antônio Lobato de Paiva concorda com a fiscalização do correio profissional. Ressalta apenas que deve haver indícios de situações de abuso para que o empregador possa conhecer o conteúdo das mensagens.⁷⁴

Explica que esses indícios,

devem ser baseados em critérios objetivos como por exemplo a frequência no número de comunicações de caráter pessoal, ou o título próprio das mensagens no caso do correio eletrônico. Nesses casos, se o empresário tiver um indício objetivo de que está produzindo-se uma situação de abuso deverá ser permitido o controle, estabelecendo o mínimo de garantias exigíveis, por parte do trabalhador, a respeito de seus direitos.⁷⁵

Conclui propondo que para se ter acesso ao conteúdo das mensagens,

em primeiro lugar deverá existir uma comunicação prévia do afetado para essa vasculha; em segundo lugar, haverá de contar com a presença de um representante sindical, que tutele os direitos do trabalhador controlando as garantias de transparência; e por último, um procedimento que busque o nexo causal e a proporcionalidade entre a prática abusiva e a sanção aplicável ao fato.⁷⁶

Para Belmonte, a fiscalização não só é possível mas necessária para que se evite fraudes, concorrência desleal, violação de segredos, abusos sexuais, discriminação e danos morais e materiais a terceiros causados por seus empregados. Frisa ainda que o empregador deve desenvolver meios de segurança do sistema e de controle formal contra a disseminação de vírus.⁷⁷

⁷⁴ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O e-mail no ambiente de trabalho: o uso social do e-mail. **Jus Navigandi**, Teresina, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2848>>. Acesso em: 17 out. 2008.

⁷⁵ Loc. cit.

⁷⁶ Loc. cit.

⁷⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit. p. 85.

Assim como Paiva, Belmonte também defende uma interferência mínima, fazendo controle de forma generalizada e impessoal, passando à verificação material somente em caso de urgência ou de fundadas suspeitas de má utilização. Ambos concordam também que o empregado deve saber sobre a possibilidade de fiscalização.

Bruno Herrlein Correia de Melo defende que

A fiscalização se justifica por preservar o respeito à honra e à imagem da empresa e garantir um melhor desempenho dos empregados no horário de trabalho, ademais de, em sendo considerado ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador com fins específicos, é passível de fiscalização.⁷⁸

Contudo, diferentemente dos autores citados anteriormente, Correia de Melo faz distinção entre a fiscalização do correio eletrônico enviado da fiscalização do correio eletrônico recebido. Tal distinção nos parece bastante acertada uma vez que nenhum dos outros autores faz qualquer referência a esta questão e portanto, nos valendo do comentário de Correia de Melo, “nos leva a crer que consideram lícito o tratamento indiscriminado tanto para o correio enviado quanto para o recebido”.

No caso do correio eletrônico profissional enviado pelo empregado, Correia de Melo afirma ser viável, desde que “prevista no Regulamento Interno de Trabalho da empresa e seja praticado de maneira justificada e parcimoniosa, sendo de conhecimento e anuência do empregado”.

Com relação à fiscalização do correio eletrônico profissional recebido, o referido autor apresenta os posicionamentos de Marcus Paredes e de Luiz Alberto de Vargas.

Marcus Paredes “expressamente favorável” à fiscalização do e-mail recebido, afirmando que “caso o empregado receba ou envie e-mail, utilizando o endereço eletrônico fornecido pela empresa, estará tacitamente autorizando o conhecimento de seu conteúdo por terceiros”.⁷⁹

Embasa seu posicionamento na idéia de que a pessoa jurídica fornece os instrumentos de trabalho para que sejam utilizados no estrito cumprimento de suas funções. Caso o empregado queira enviar mensagens particulares de correio eletrônico deverá utilizar-se do seu correio eletrônico pessoal.

Assim afirma que,

Admitir que o empregado possa fazer uso do e-mail empresarial, cuja utilização traz dispêndios à pessoa jurídica (conta telefônica, energia elétrica e provedor de acesso), para fins particulares, sob o manto da inviolabilidade

⁷⁸ MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 154.

⁷⁹ PAREDES, Marcus. Violação da privacidade na Internet. Revista de Direito Privado, São Paulo: TR, nº 9, pp. 183-203, jan./mar. 2002. p. 200 *apud* MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 161.

da vida privada, é o mesmo que permitir a utilização do material de expediente no estrito interesse particular do empregado.⁸⁰

Muito bem levantado por Correia de Melo ao comentar o posicionamento de Marcus Paredes é que “o remetente do correio eletrônico pode ser pessoa estranha à empresa e não necessariamente terá conhecimento das normas do regulamento interno da empresa, e, em sendo assim, a fiscalização deste e-mail representaria afronta a privacidade de terceiros”.⁸¹

Segue a mesma corrente o juiz Luiz Alberto de Vargas que argumenta que o monitoramento do correio eletrônico recebido pelo empregado é, “em qualquer hipótese, uma violação da privacidade de terceiros que, provavelmente, desconheciam as normas empresariais e que o destinatário não tinha privacidade em suas comunicações”.⁸²

Correia de Melo conclui sua explicação sobre o monitoramento do correio eletrônico recebido assegurando que,

As duas únicas hipóteses de limitação do direito à intimidade são o interesse público e o consentimento do interessado, sendo certo que há a carência de ambos na hipótese de fiscalização das mensagens recebidas no correio eletrônico profissional. Pois, se o remetente da mensagem é pessoa estranha à empresa e, conseqüentemente, não possui a obrigação de conhecer o Regulamento Interno de Trabalho da empresa onde trabalha o destinatário, partiria da premissa que sua intimidade (“sigilo postal”) seria respeitada.⁸³

Assim, devem ser estabelecidos, sob uma perspectiva jurídica e portanto também social, limites para o uso profissional do correio eletrônico, seja no contrato de trabalho de forma individual ou nas convenções coletivas de trabalho, as partes tem que acordar as condições que regulem a utilização profissional do e-mail.

4.4 Uso social do e-mail

Em virtude da novidade em matéria de e-mail o direito oferece por enquanto apenas respostas muito conjunturais.

⁸⁰ PAREDES, Marcus. Violação da privacidade na Internet. Revista de Direito Privado, São Paulo: TR, nº 9, pp. 183-203, jan./mar. 2002. p. 199 *apud* MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 155-156.

⁸¹ MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 161.

⁸² VARGAS, Luiz Alberto de. Direito de Privacidade do Correio Eletrônico no Local de Trabalho: o Debate nos Estados Unidos. Revista Trabalhista. Rio de Janeiro: Editora forense e ANAMATRA, vol. I., jan./fev./mar. 2002 *apud* MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 161.

⁸³ MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 162.

Há que se diferenciar o uso pessoal do e-mail como meio de comunicação e o uso profissional do e-mail, quando se utiliza como ferramenta de trabalho na atividade profissional cotidiana. É extremamente necessário que a empresa trace uma política clara a respeito.

Mario Antônio Lobo de Paiva entende que a empresa deveria “estabelecer regras de uso do e-mail, consultando com os representantes dos trabalhadores, se possível, para lograr consenso”.⁸⁴

Esse é o mesmo entendimento de Adriana Carreira Calvo. Para a autora deve-se reconhecer o direito a comunicação externa pelo trabalhador durante o horário de trabalho, inclusive dentro da empresa.⁸⁵

Caso a empresa não possua nenhuma política a respeito e deixe ao arbítrio de cada um o uso que lhe convenha do e-mail isso implicará no desenvolvimento desproporcional de comunicações pessoais através do meio eletrônico ensejando então com a proibição da empresa acessar o e-mail sem prévia advertência do implicado.

Fica claro então, que se a empresa quer evitar essa instrumentalização do e-mail com mensagens pessoais ou extra laborais ou privadas, o que deve fazer é estabelecer regras que esclareçam que o e-mail dos trabalhadores da empresa é um instrumento de trabalho e que não é um instrumento idôneo para as comunicações pessoais.

Devemos reconhecer que o trabalhador deva ter direito a uma comunicação externa durante o horário de trabalho, incluído dentro da empresa. O empresário tem que aceitar o que se denomina direito ao uso social do e-mail. Logicamente, dentro dos centros de trabalho também pode haver o uso pessoal, não abusivo e justificado, dos meios e comunicação da empresa.

A respeito, Mario Antônio Lobo de Paiva assim expõe,

Isso parece cada dia mais certo, incluso, pela evolução da nova organização do trabalho: da mesma maneira que o empresário pode exigir, em determinadas circunstâncias, que o trabalhador não somente opere deste centro de trabalho, senão também de seu domicílio – o que se conhece como teletrabalho – é lógico também que o empresário permita uma determinada permeabilidade, não abusiva, e o uso pessoal dos meios de comunicação.⁸⁶

⁸⁴ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O e-mail no ambiente de trabalho: o uso social do e-mail. **Jus Navigandi**, Teresina, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2848>>. Acesso em: 17 out. 2008.

⁸⁵ CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 20 out. 2008.

⁸⁶ Loc. cit.

Continua o autor “é um intercâmbio moderno: se em uma empresa flexível corresponde a um trabalhador flexível, é lógico que o trabalho estritamente profissional e o pessoal terão fronteiras muito mais flexíveis, difíceis de separar de maneira absoluta”.⁸⁷

Paiva conclui que é muito difícil que um empresário moderno, que presta atenção a elementos tais como a qualidade na relação de trabalho, a participação dos trabalhadores e a identificação com os objetivos da empresa, “seja um empresário que direcione, de maneira absoluta, seus próprios meios de comunicação para um determinado uso de caráter trabalhista, seria muito difícil, e cremos que seriam opções pré-históricas”.⁸⁸

O empresário que opte por isso, é um empresário que não teria nenhuma justificção para exigir uma cota pessoal ao próprio trabalhador, mais além do que estritamente profissional.

Hoje em dia os empresários modernos entendem que tudo que seja de conhecimento pessoal do trabalhador redunde em benefício da eficiência da empresa. O problema está em ver que o uso social não tenha elementos de abuso e prejuízo objetivo para empresa e é ali onde temos que intentar lograr um equilíbrio.

Adriana Carrera conclui afirmando sabiamente que “a ótica a ser observada não deve ser limitada a quantidade de correio eletrônico e sim a prejudicialidade que sua utilização possa ocasionar a empresa”.⁸⁹

4.5 O monitoramento do correio eletrônico nas legislações estrangeiras

Por derradeiro, faz-se importante um estudo, mesmo que superficial, de como outros países tratam a questão do correio eletrônico.

No Reino Unido, em 24 de outubro de 2000 o Parlamento aprovou o “Regulation Investigatory Powers Act”, ou RIP como é conhecido, que autoriza o monitoramento de e-mails e telefonemas pelos empregadores. Não é necessário se obter qualquer tipo de consentimento do empregado, bastando a simples comunicação, podendo o empregador ter

⁸⁷ Loc. cit.

⁸⁸ Loc. cit.

⁸⁹ CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 20 out. 2008.

acesso a qualquer comunicação de seu empregado sem a ciência do remetente ou destinatário.

⁹⁰

Nos Estados Unidos, o “Electronic Communications Privacy Act”, ou ECPA, põe as comunicações feitas por meio eletrônico como pertencentes a esfera da privacidade do indivíduo. No entanto é freqüente que o empregado no ato de sua admissão assine um termo declarando-se ciente da possibilidade de fiscalização de suas ligações telefônicas e de mensagens de correio eletrônico enviadas ou recebidas sem aviso prévio.⁹¹ Desta forma, a jurisprudência norte-americana tem resolvido na maioria dos casos a favor do monitoramento do correio eletrônico pelas empresas.⁹²

Na França, o Tribunal Correccional de Paris, em 02 de novembro de 2002, entendeu que o empregador não pode interceptar e-mails ou ler correios eletrônicos pessoais, mesmo que tenha proibido a utilização do computador para fins pessoais. A França adota o entendimento de que o correio eletrônico estaria amparado pelo direito ao sigilo das correspondências.⁹³

Na Espanha o empregado não está autorizado a utilizar a internet sem ordem da empresa. O empregado pode ser demitido sem direito à indenização e salários pendentes caso envie mensagens sem estar autorizado pelo empregador. Este é o entendimento do Tribunal Superior de Justiça da Catalunha e do Tribunal Superior de Justiça de Murcia. No entanto, embora o entendimento dos tribunais seja o de relativizar o direito à intimidade em relação as características do contrato laboral, o Código Penal espanhol equipara a violação do correio eletrônico à violação da correspondência postal convencional, bastando que o agente se aproprie do e-mail, independentemente de tomar conhecimento do conteúdo.⁹⁴

Na Holanda, a Lei de Proteção de Dados Pessoais de 2001 permite o monitoramento das atividades eletrônicas dos trabalhadores. Há, no entanto, a necessidade de participação do sindicato ou representante dos trabalhadores para acompanhar ou elaborar o sistema de controle. Para fiscalizar, a empresa é obrigada a fazer públicas suas metas de controle aos trabalhadores.⁹⁵

⁹⁰ CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

⁹¹ Loc. cit.

⁹² BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit. p. 48.

⁹³ CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

⁹⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit. p. 43.

⁹⁵ MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. p. 196.

Outros países como Itália, Argentina, Índia e Egito não apresentam leis específicas, assim como o Brasil. No entanto, tendem a aceitar o monitoramento condicionado ao prévio conhecimento e consentimento do empregado.⁹⁶

⁹⁶ CARDOZO, Joana. Monitoramento de e-mail: uma tendência mundial. Obtido em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=424>. Acesso em: 25 abr. 2003 *apud* MELO, Bruno Herrlein Correia de. Op. cit. 205.

5 CONCLUSÃO

A ordem econômica no Brasil é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos os cidadãos existência digna. Ocorre que, numa sociedade capitalista voltada para o lucro, o empregador tem o poder de determinar o modo como a atividade do empregado será desenvolvida e, ao adotar medidas com fins de proteger seu patrimônio, pode vir a abusar desse poder, chegando a praticar atos que poderão violar os direitos fundamentais de seus empregados. Um desses exemplos é a prática do monitoramento do correio eletrônico usado pelos empregados, o que, conforme mencionado poderá violar direitos da personalidade do trabalhador

A Constituição Federal garante o direito à intimidade e à vida privada ao empregado servindo como fundamento para os defensores da inviolabilidade do correio eletrônico. Contudo para os que defendem a viabilidade da fiscalização do correio eletrônico pelo empregador, deve prevalecer a interpretação do poder diretivo e do direito de propriedade.

Verificamos a colisão desses direitos, onde figura de um lado o direito de propriedade do empregador, exteriorizado por seu poder diretivo, e de outro o direito à intimidade do empregado. Como não há no Brasil legislação que cuide do monitoramento do correio eletrônico e do uso da Internet faz-se necessário utilizarmos, então, o princípio da proporcionalidade para a melhor solução desse embate de direitos constitucionalmente garantidos.

Através do princípio da proporcionalidade delineamos a abrangência dos direitos em colisão. Conseguimos desta forma resolver o celeuma quanto a possibilidade de fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho em várias hipóteses possíveis.

Há aqueles que admitem o monitoramento, com base no direito de propriedade e aqueles que pensam que o monitoramento é viável, desde que respeitadas a dignidade e intimidade do trabalhador, condicionando sua admissibilidade ao prévio conhecimento e consentimento do empregado ou à previsão constante no regulamento da empresa. Outros repudiam totalmente o monitoramento com fundamento no direito à intimidade e na garantia da inviolabilidade das comunicações. A doutrina divide-se uma vez que alguns defendem o monitoramento como decorrência do poder diretivo do empregador e do direito de propriedade, enquanto que outros repudiam. Parte da doutrina sustenta que é lícito o

monitoramento no correio eletrônico dos empregados, pois aos empregadores cumpre zelar pelo seu patrimônio podendo usar, para tanto, do seu direito de fiscalização, incluindo neste, o direito de determinar as atividades, desde que não viole a dignidade do trabalhador. No entanto outros sustentam que qualquer fiscalização procedida no correio eletrônico ofende o direito à intimidade do empregado.

Através do direito alienígena podemos perceber a tendência mundial em conciliar o direito à intimidade dos empregados com o poder de direção do empregador através da instituição de uma política clara de utilização e monitoramento de e-mail e acesso à internet.

Por fim, entendemos que o mais adequado seria a empresa, antes de começar a monitorar as mensagens de correio eletrônico e o acesso à internet, implantar um regimento de uso destes instrumentos de trabalho, estabelecendo regras e procedimentos, ajustando com o empregado como deve utilizá-los, para que, assim, fique claro que o correio eletrônico e o acesso à internet serão monitorados.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. 1.ed. São Paulo: LTr, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Net**, Rio de Janeiro, [2008 ?]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 out. 2008.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: livraria almedina. 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?. **Jus Navigandi**, Teresina, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acesso em: 17 out. 2008.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

MEIRELES, Edilson. **O novo código civil e o direito do trabalho**. 3ed. São Paulo: LTr. 2005.

MELO, Bruno Herrlein Correia de. **Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. 1. ed. Campinas: Servanda. 2007.

MOESCH, Frederico Fernandes. O princípio da função social da propriedade e sua eficácia . **Jus Navigandi**, Teresina, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em: 03 out. 2008.

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. 1. Ed. Curitiba: Juruá Editora. 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Correio eletrônico x correio postal . **Jus Navigandi**, Teresina, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3223>>. Acesso em: 19 out. 2008.

_____. O e-mail no ambiente de trabalho: o uso social do e-mail. **Jus Navigandi**, Teresina, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2848>>. Acesso em: 17 out. 2008.

SALDAN, Eliane; MILLEO, Maritza Fabiane. Monitoramento e interceptação de e-mail. **CBEJI**, Rio de Janeiro, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cbeji.com.br/br/novidades/artigos/main.asp?id=285>>. Acesso em: 20 out. 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

_____. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, Leda Maria Messias da. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. **Net**, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/314/173>>. Acesso em: 17 set. 2008.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

TOMLINSON, Ray. The first email network. **Net**, Rio de Janeiro, [199-?]. Disponível em: <<http://openmap.bbn.com/~tomlinso/ray/firstemailframe.html>>. Acesso em: 25 out. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2008. v. 1 e 5.