

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THALES GADENZ DE AGOSTINHO

**A PRIVACIDADE NAS COMUNICAÇÕES INSTANTÂNEAS
ELETRÔNICAS NO AMBIENTE LABORAL: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DAS LEGISLAÇÕES PORTUGUESA E BRASILEIRA**

Porto Alegre

2018

THALES GADENZ DE AGOSTINHO

**A PRIVACIDADE NAS COMUNICAÇÕES INSTANTÂNEAS
ELETRÔNICAS NO AMBIENTE LABORAL: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DAS LEGISLAÇÕES PORTUGUESA E BRASILEIRA**

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles.

Porto Alegre

2018

THALES GADENZ DE AGOSTINHO

**A PRIVACIDADE NAS COMUNICAÇÕES INSTANTÂNEAS
ELETRÔNICAS NO AMBIENTE LABORAL: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DAS LEGISLAÇÕES PORTUGUESA E BRASILEIRA**

Monografia apresentada na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral
Dorneles de Dorneles.

Aprovada em ____ de _____ de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Profa. Sonilde Kugel Lazzarin

Profa. Luciane Cardoso Barzotto

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a privacidade nas comunicações eletrônicas dos trabalhadores no ambiente laboral, tanto no Brasil quanto em Portugal. Para tanto, o método comparativo será utilizado a fim de possibilitar maior análise do referido tema referente ao ordenamento jurídico brasileiro. Em um primeiro momento, analisam-se os direitos da personalidade e seu processo evolutivo para, então, enquadrá-los como direitos fundamentais de matriz constitucional. Nesta tenda, estuda-se o direito à privacidade no ambiente laboral e seus limites resultantes de eventuais colisões a direitos contrapostos. A seguir, discorre-se sobre a proteção da privacidade nos diplomas normativos no Brasil e em Portugal. Adiante, expõe-se a problemática da privacidade nas novas tecnologias de comunicação eletrônica utilizadas em âmbito laboral, por meio da análise de casos jurisprudenciais paradigmáticos no Brasil e em Portugal. Por fim, nas considerações finais serão expostas nossas conclusões acerca do tema tratado, a qual, adiantamos, é a de se optar por maior proteção à privacidade no âmbito das comunicações eletrônicas, inspirada no ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: comunicadores instantâneos; privacidade; ambiente laboral.

ABSTRACT

The study is about the privacy in electronic communications of workers in Brazilian and Portuguese workplaces. To do so, the comparative method will be used in order to allow an analysis of the said topic regarding the Brazilian legal system. Firstly we analyze the rights of the personality and its evolutionary process and then frame them as basic constitutional rights. Within this context, we study the right to privacy in the work environment and its limits resulting from possible collisions with countervailing rights. Subsequently, there is an explanation about the protection of privacy in normative documents in Brazil and Portugal. Finally, this paper presents the problem of privacy in the new electronic communication technologies used in the workplace, through the analysis of paradigmatic case-law cases in Brazil and Portugal. Finally, in the final considerations, our conclusions about the subject will be presented, which, we add, is to opt for greater protection of privacy in electronic communications, and part of it may be inspired by the Portuguese legal system.

Keywords: electronic communications; privacy; workplace

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC02 – Código Civil de 2002

CCP – Código Civil português

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEDH – Convenção Europeia de Direitos do Homem

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CP – Código Penal brasileiro

CPC – Código de Processo Civil brasileiro

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República portuguesa

CT – Código de Trabalho português

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ESI – *Electronically Stored Information*

LPDP – Lei de Proteção de Dados Pessoais portuguesa

MSN – *Microsoft Service Network*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça português

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O AMBIENTE LABORAL	9
1.1 Natureza e características dos direitos da personalidade	9
1.2 A privacidade: breves comentários	16
1.3 O ambiente laboral e os direitos da personalidade	19
1.3.1 Princípios constitucionais específicos aplicados ao Direito Individual do Trabalho	19
1.3.2 Poder patronal e suas manifestações: indícios do surgimento de um poder de fiscalização eletrônico.....	21
1.3.3 Limites ao poder patronal	23
1.3.4 Os direitos da personalidade na relação de emprego	25
1.4 Os limites aos direitos fundamentais.....	28
1.4.1 Os limites aos direitos fundamentais dos trabalhadores: exceções à prevalência apriorística dos direitos fundamentais dos trabalhadores.....	28
1.4.2 O núcleo essencial dos direitos fundamentais: comentários acerca da (im)possibilidade de sua delimitação <i>a priori</i>	30
1.4.3 O núcleo essencial do direito à privacidade: nosso posicionamento frente à nova problemática envolvendo as novas tecnologias de comunicação.....	32
2 A TUTELA JURÍDICA DA PRIVACIDADE: PANORAMA NAS LEGISLAÇÕES PORTUGUESA E BRASILEIRA	36
2.1 O direito à privacidade no ordenamento jurídico português	36
2.1.1 O direito à privacidade na Constituição da República portuguesa ...	36
2.1.2 O direito à privacidade nos códigos civil e penal portugueses	37
2.1.3 O direito à privacidade no Código do Trabalho português	38
2.1.4 O direito à privacidade em outros diplomas portugueses	41
2.1.4.1 A Deliberação nº 1638/2013 do CNPD	41
2.1.4.2 A Lei n.º 109/2009 – Lei do Cibercrime	43
2.1.4.3 A Lei de Proteção de Dados Pessoais: Decreto de Lei nº 67/9 .	44
2.1.4.4 Decreto de Lei nº 122/2000 – Proteção jurídica das bases de dados.....	47

2.1.4.5 A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD).....	48
2.2 O direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro	49
2.2.1 O direito à privacidade na Constituição Federal brasileira de 1988..	49
2.2.2 O direito à privacidade no Código Civil de 2002.....	51
2.2.3 O direito à privacidade no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90)	52
2.2.4 O direito à privacidade no Código Penal brasileiro	54
2.2.5 O direito à privacidade e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)	55
2.2.6 O direito à privacidade e o Marco Civil da Internet (Lei12965/14)	56
2.2.7 Privacidade e a Lei 9.296/96 de interceptação de comunicações telefônicas	59
2.3 Conclusões parciais	61
3 A PRIVACIDADE E OS MENSAGEIROS INSTANTÂNEOS NO AMBIENTE LABORAL.....	63
3.1 O empregado na relação laboral: do enquadramento legal clássico até a análise das dimensões subordinativas.....	61
3.2 As (novas) tecnologias de comunicação e o ambiente laboral.....	66
3.2.1 Da não neutralidade das tecnologias introduzidas no ambiente laboral	66
3.2.2 Mensageiros instantâneos ou messengers.....	69
3.3 Análise de casos jurisprudenciais paradigmáticos	71
3.3.1 Monitoramento de mensagens eletrônicas em ambiente laboral – O Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-2562- 81.2010.5.01.0000, julgado em 20 de outubro de 2010	71
3.3.2 Mensagens instantâneas copiadas sem autorização – o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista no TST 4497-69.2010.5.15.0000, julgado em 26 de fevereiro de 2014	73
3.3.3 Colisão de direitos fundamentais – O Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128, julgado em 26 de março de 2014	75
3.3.4 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012	78
3.3.5 O caso Bărbulescu v. Romania, de 12 de Janeiro de 2016 – Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

Bombardeados e fascinados diariamente com exposições voluntárias e involuntárias da privacidade própria ou alheia, os trabalhadores vêem-se diante de um grande desafio frente às novas tecnologias de comunicação instantânea: suprir suas carências emocionais e afetivas por meio de conversações eletrônicas suscetíveis concomitantemente ao risco de ter o conteúdo de suas mensagens capturado pelo empregador, este alegando exercício legítimo do poder patronal.

Como resolver, então, uma inevitável colisão entre esses direitos? Estariam eles no mesmo patamar *a priori*? Ou o direito à privacidade do trabalhador deve prevalecer preferencialmente, em virtude de sua evidente fragilidade na relação laboral?

O objetivo desta pesquisa é analisar o direito à privacidade dos trabalhadores nas comunicações eletrônicas instantâneas em âmbito laboral e sua problemática quando confrontado com o (novo) poder de fiscalização (eletrônica) patronal. Para tanto, utilizaremos o método comparativo, a fim de averiguar o cenário jurídico-legislativo em Portugal e no Brasil.

O primeiro capítulo traz uma visão dos direitos da personalidade no ambiente laboral: natureza e características, bem como o poder patronal e seus limites frente a tais direitos.

O segundo capítulo traz um panorama geral do direito à privacidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. A privacidade será analisada nas constituições e legislações infraconstitucionais desses dois países e conclusões parciais serão feitas ao final do capítulo.

O terceiro e último capítulo abordará a delimitação da tecnologia a ser analisada neste trabalho – mensageiros ou comunicadores instantâneos - e a privacidade das comunicações por meio deles realizadas no ambiente laboral, trazendo à lume e analisando, com apoio doutrinário, alguns casos jurisprudenciais paradigmáticos no Brasil e em Portugal.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O AMBIENTE LABORAL

1.1 Natureza e características dos direitos da personalidade

As diferenças pessoais são geradoras de conflitos no seio da sociedade. O “diferente” é muitas vezes visto como nocivo ou inadequado e, portanto, acaba excluído de certos grupos sociais. Nem sempre é possível contar com a tolerância, pois esta não obriga um dever-ser respeitoso entre as pessoas.

Ao longo da história, os homens modelaram sistemas políticos capazes de sustentar essas diferenças e fazer delas inclusive o seu motor, a exemplo do regime democrático. A dialética ou o convívio com os diferentes enriquece o debate construindo pontes para entender o outro e impulsiona o desenvolvimento da humanidade¹.

Nesta tarefa, defender a autonomia dos indivíduos e sua esfera íntima e as diferenças entre eles é também contribuir para o progresso social. Para tanto, é mister resguardar os direitos da personalidade. Stolze Gagliano e Pamplona Filho explicam que os direitos da personalidade são uma extensão da personalidade do homem e a ela o homem deve poder ter acesso e controle. Conceituam direitos da personalidade “como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”².

Direitos da personalidade são originalmente direitos humanos, os quais muitos deles foram incorporados em ordenamentos jurídicos internos paulatinamente. A ressalva é importante, pois o qualificativo “humano” de tais direitos associa-se à concepção do ser humano no centro da proteção jurídica, antecedendo o *status* de

¹ A teoria marxista da luta de classes foi um motor da história, assim como a doutrina social da Igreja, que afirmou diversas vezes em encíclicas o “princípio da prioridade do trabalho em relação ao capital”. In ABRANTES, José João. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho – em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 12, nota de rodapé nº 2.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

cidadão ao ultrapassar a dimensão nacional por meio do seu reconhecimento em diplomas internacionais com pretensão de validade universal³.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe um elenco de direitos da personalidade consagrados como direitos fundamentais, especialmente em seu artigo 5º. O inciso X, por exemplo, trata sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente desta violação. Tal inciso, analisado em conjunto com os incisos XI e XII, respectivamente a inviolabilidade da casa e do sigilo das correspondências, forma o chamado tripé constitucional do direito à privacidade⁴.

Nem todos direitos da personalidade estão especificados na CRFB, entretanto. Por exemplo, à luz da legislação civil brasileira, toda pessoa é capaz de direitos e deveres – atribuição genérica para contrair deveres e obrigações. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, todavia desde a concepção a legislação garante os direitos do nascituro⁵. São especificidades de direitos da personalidade não realizados pelo poder constituinte, mas sim pelo legislador infraconstitucional.

Daí decorre um embate doutrinário. Alguns autores entendem que os direitos fundamentais são aqueles expressos somente na constituição, e não na legislação infraconstitucional, salvo se o próprio direito fundamental permitir que outros direitos possam dele ser deduzidos, a exemplo dos direitos da personalidade. Por exemplo, o direito ao nome e suas particularidades, previstos na legislação infraconstitucional, “emergem de uma cláusula geral constitucional de proteção constante do próprio art.

³ O principal critério de distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais reside, portanto, na concreção positiva, vale dizer, no fato de os direitos fundamentais, conquanto humanos em sua origem, terem reconhecimento e proteção no âmbito constituicional interno. In MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 41 – 42. Ver também: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos Humanos e Trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50.

⁴ José Afonso da Silva optou por utilizar a expressão “direito à privacidade” em um sentido “genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou”. In SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. Malheiros: São Paulo, p. 102.

⁵ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Ambos da Lei nº 10.406/02, doravante Código Civil.

5º, inciso X⁶, que trata sobre uma vertente do direito à privacidade⁷. Portanto, os direitos da personalidade delineados na legislação são também direitos fundamentais quando derivam de algum direito fundamental constitucional.

José Afonso da Silva observa que, apesar de os direitos da personalidade não estarem no *caput* do artigo 5º da CRFB, eles estão intimamente conectados ao direito à vida, que, por sua vez, não é concebido atualmente sem observar o princípio e fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana⁸. Aliás, o primeiro dos direitos de personalidade é o direito à vida, pois “trata-se de um bem anterior ao Direito, o qual é produto do homem, feito para o homem”⁹.

Cumprido ressaltar que os direitos da personalidade, à luz do vigente Código Civil, são intransmissíveis e irrenunciáveis, e o exercício de tais direitos não pode sofrer limitação voluntária¹⁰. Por exemplo, tem-se a vida privada da pessoa natural como inviolável e resguardada pela lei¹¹. Da mesma forma, eles devem ser interpretados e efetivados no caso concreto à luz do princípio e fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana¹², pois, do contrário, direitos inatos à pessoa humana poderiam ser suprimidos ou sofrer limitações arbitrárias por terceiros, inclusive pelo legislador. Nas palavras de Rosenvald e Farias,

[...] o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a *dignidade humana*, vinculando o conteúdo das regras acerca da personalidade jurídica. Assim [...] impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade¹³.(grifo do autor)

⁶ Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁷ MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42 e nota de rodapé nº 11.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. Malheiros: São Paulo, p. 102.

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 412.

¹⁰ Art. 11 do Código Civil de 2002. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹¹ Art. 21 do Código Civil de 2002. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹² Art. 1º da CRFB. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III - a dignidade da pessoa humana; [...].

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*. 12. ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 158.

Destarte, faz-se necessário tecer alguns comentários em relação à dignidade da pessoa humana a fim de compreender sua necessária relação com os direitos da personalidade.

A primeira consagração do direito à dignidade da pessoa humana se deu no preâmbulo da Carta das Nações Unidas da ONU de 1945¹⁴. Em 1948, tanto o preâmbulo quanto o artigo 1º da DUDH¹⁵ a expressaram, influenciando desde então o surgimento de vários outros diplomas legais internacionais e nacionais, a exemplo do Tratado¹⁶ para uma Constituição para a Europa¹⁷.

Tornou-se tal direito uma espécie de princípio geral comum das nações civilizadas, influenciando todo o ordenamento jurídico e seus ramos da nação e inspirando a atividade dos legisladores e tribunais. Como princípio, a dignidade se impõe a todos seres humanos, poderes privados e poderes públicos. Nenhum órgão ou pessoa pode furtar-se à sua observância: o homem passa a ser o primeiro e principal destinatário da ordem jurídica e os valores éticos impregnam os ordenamentos de tal modo que elevam o homem à uma posição central¹⁸.

Os direitos fundamentais previstos na CRFB são norteados pelos princípios fundamentais constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana. Esse norte dado pelo poder constituinte originário é inédito, no sentido de impor aos operadores do Direito interpretação diferenciada das normas infraconstitucionais, agora iluminadas por esses novos mandamentos constitucionais. Toda e qualquer regra deve ter em conta, em um certo grau, o princípio basilar da dignidade da pessoa humana¹⁹.

¹⁴ No trecho “[...] e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, [...]”.

¹⁵ Preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade [...] é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” e artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]”.

¹⁶ Preâmbulo, parte II: “Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano [...]”.

¹⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 269 - 270.

¹⁸ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 269 - 270.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 97. Também a Constituição portuguesa, a seu turno, assenta-se em uma ordem de valores, cujo cerne é a noção da dignidade da pessoa humana, sendo esta dignidade o primeiro e o mais importante dos valores do ordenamento jurídico. In ABRANTES, José João. *O novo Código do Trabalho e os direitos da personalidade do trabalhador: A Reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: 2004, p. 149.

Assim, consoante Ingo Sarlet, os direitos da personalidade fincaram raízes no inédito princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Conceituá-la, entretanto, não é tarefa fácil. Para o autor, “o princípio da dignidade humana constitui categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista”²⁰. O autor acrescenta que

[...] Também a **garantia da identidade** (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo **constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana**, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na **proteção da intimidade**, da honra, da **esfera privada** [...], bem como ao direito de autodeterminação (sic) sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, **assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal**²¹. (grifos nossos)

A dignidade, além de norteadora de outros direitos e fundamento constitucional, também tem dimensão normativa específica e, nesse sentido, em situações concretas não claras, poderá assumir o caráter de regra ou princípio. Daí decorre que a dignidade tem também uma esfera relacional, podendo conflitar com outros princípios ou direitos no caso concreto, uma vez que não há direitos absolutos, isto é, não é possível uma atribuição apriorística de maior relevância para um direito em detrimento de outro²².

Visto isso, podemos retomar a análise dos direitos da personalidade. Ingo Sarlet os caracteriza como expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Aqueles decorrem deste, de modo que ferir um direito da personalidade é ferir a dignidade:

o que se percebe é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, [...] onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas [...] não haverá espaço para a dignidade humana²³.

São exemplos de direitos da personalidade o corpo vivo, cadáver, a voz, a liberdade, criações intelectuais, privacidade e segredo, a honra, imagem e identidade pessoal. Além do respaldo normativo e fundamento dado pela dignidade da pessoa

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 101.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 105.

²² MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 272 - 273.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 105.

humana, doutrinadores civilistas apresentam outras características aos direitos da personalidade: a) oponíveis *erga omnes* (faceta absoluta); b) gerais; c) extrapatrimoniais; d) indisponíveis; e) imprescritíveis; f) impenhoráveis; g) vitalícios²⁴.

A faceta absoluta dos direitos da personalidade difere-se do qualificador “absoluto”, o qual, como vimos acima, entendemos não pode ser atribuído aos direitos fundamentais de maneira geral. A faceta absoluta dos direitos de personalidade “se materializa na sua oponibilidade *erga omnes*, guardando íntima correlação com a indisponibilidade”²⁵, enquanto a qualidade de “absoluto” dos direitos fundamentais de modo geral estabeleceria *a priori* uma hierarquia de um certo direito fundamental frente a outro quando houvesse colisão entre eles.

Os direitos da personalidade são aqueles que tutelam os atributos da pessoa humana, como vimos, sendo, nos dizeres de Noronha, “direitos subjetivos típicos”, com a característica de serem “absolutos”. Nesta terna, o autor aduz: “Constituem direitos absolutos aquelas prerrogativas que são eficazes *erga omnes*, isto é, contra todas as pessoas”. Por conseguinte, os direitos absolutos têm “sujeitos passivos indeterminados”²⁶.

O caráter geral significa que “os direitos da personalidade são outorgados a todas as pessoas simplesmente pelo fato de existirem” e a ausência de conteúdo patrimonial direto é o que lhes dá significado ao caráter extrapatrimonial, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos ou que alguma exteriorização pecuniária de tais direitos possa ser comercializada. A violação ao direito da personalidade²⁷ faz nascer, no momento em que se dá o ato único, a pretensão correspondente ao titular do direito.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140 - 150. Vide também BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 412 e FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 320.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140 - 150.

²⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85. O autor complementa, na mesma página: “[...] pode-se dizer que o direito absoluto é sempre um direito sobre uma coisa, material ou imaterial: propriedade sobre uma coisa, direito ao nome, direito do autor sobre a obra criada, etc. [...] Quando o direito é absoluto, o seu titular é autorizado a aproveitar-se, com exclusão de toda e qualquer pessoa, do bem sobre que incide seu direito”. Diferente, conforme o autor, é o direito de crédito, de cunho relativo, cuja produção de efeitos se dá *inter partes*.

²⁷ Conforme art. 206, § 3º, V do Código Civil de 2002. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil.

A indisponibilidade dos direitos da personalidade contempla a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Intransmissibilidade “é a impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade”, enquanto a irrenunciabilidade “é a impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito”²⁸. Em síntese, o indivíduo não pode abrir mão de seu direito à privacidade, por exemplo, salvo nos casos previstos em lei²⁹.

São imprescritíveis³⁰ os direitos da personalidade porquanto não há prazo para seu exercício. Não usá-los não gera sua extinção. Importa destacar que “quando se fala em imprescritibilidade do direito da personalidade, está-se referindo aos efeitos do tempo para a aquisição ou extinção de direitos”, e não à prescritibilidade da pretensão de reparação por eventual violação a um direito da personalidade³¹.

A impenhorabilidade decorre da indisponibilidade dos direitos da personalidade, no tocante àqueles poucos que se manifestam de forma patrimonial, tais quais os direitos autorais ou créditos da cessão de uso do direito à imagem³².

Tem-se que, em relação à vitaliciedade, os direitos da personalidade “são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde seu nascimento até sua morte”. Sendo eles inerentes à pessoa, “extinguem-se, em regra, com o seu desaparecimento”. Há exceções, como o direito ao corpo morto ou cadáver, que se projeta além da morte do indivíduo ou atentado à sua memória³³.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

²⁹ Cfe. art. 11 da Lei 10406/02 (Código Civil de 2002): “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Veremos em seção específica divergências quanto a isso na doutrina juslaboral, especialmente em Palma Ramalho.

³⁰ Para Vólia Cassar, por exemplo, “existem direitos subjetivos e passíveis de violação (vinculados à prescrição) como, por exemplo, os direitos da personalidade (vida, honra, integridade física, liberdade) [...]”. In CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 283.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

³³ No caso de atentado à memória do indivíduo (falecido), ou seja, à sua honra, é possível que os legitimados exijam judicialmente que cesse a lesão ou sua ameaça, conforme o parágrafo único do art. 12 do Código Civil de 2002. São eles “o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. In GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

Concluindo, tentamos demonstrar que os direitos da personalidade são também direitos fundamentais, regidos pelo valor central da dignidade humana. Uma vez que os diversos direitos resguardados em um dado ordenamento são fundamentados *na* pessoa e *para* a pessoa, bem como na sua dignidade enquanto ser humano, eventual ofensa a direito da personalidade ofende também o direito à dignidade.

1.2 A privacidade: beves comentários

A palavra “privacidade” provém de “privado”, que, por sua vez, provém da palavra latina *privatus*, cuja tradução é “separado de”³⁴. Esta noção rudimentar de separação é importante, mas, por si só, insuficiente. Faz-se necessário dar outros contornos a respeito de sua definição para melhor identificar a natureza e o enquadramento jurídico de sua tutela ao longo deste trabalho.

Privacidade e intimidade são conceitos próximos. “Intimidade” é central ao homem, pois diz respeito ao seu espaço particular, protegido naturalmente pela vergonha que sentimos; esta constrói uma barreira entre o privado e o público, entre o oculto e o externo. Assim, o direito à intimidade é, grosso modo, o direito de impedir que terceiros invadam esse âmbito reservado sem nossa autorização³⁵. Já o direito à privacidade pode albergar dados íntimos e não íntimos, como veremos mais adiante.

Nas palavras de Barros Monteiro e Monteiro França, privados são

o gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem se conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, conhecimento, intromissão ou interferência de quem quer que seja³⁶.

³⁴ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 13.

³⁵ DELPIAZZO, Carlos E. *De la intimidad a la privacidad*. In: _____ El Trabajo ante Las Nuevas Tecnologías. Montevideo: 2010, p. 11.

³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

Os advogados norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis escreveram, em seu “O Direito à Privacidade”³⁷ de 1890, o direito de estar só - *right to be alone* -, a ser deixado em paz – *let to be alone*, e a não ter a privacidade devassada por outrem, sejam eles indivíduos, empresas, associações, instituições ou o Estado³⁸.

Mas um ser humano encarcerado, apesar de estar só, pode não ter controle sobre sua privacidade³⁹. Os guardas podem adentrar a cela no horário de revista, por exemplo, sem pedir sua autorização, caso haja suspeita fundada. Então, desde o *right to be alone* de Warren e Brandeis, o direito à intimidade tem ganhado novos contornos. Um conteúdo em si mesmo é íntimo ou essa qualidade é verificada somente quando tal conteúdo é posto em relação a outros? O indivíduo pode ou não atribuir natureza privada a algo que lhe diga respeito? Pode escolher com quem e como comunicá-lo?

Devido ao surgimento de novas tecnologias de informação e comunicação, novos conceitos apareceram: a liberdade informática, a autodeterminação informativa e o direito à proteção dos dados pessoais. A globalização da informação privada pôs abaixo o conceito clássico de intimidade, abrindo caminho para sua distinção em relação à privacidade. Assim, a privacidade é concebida hoje como mais ampla do que intimidade, ao aludir também a dados não íntimos, desde que a pessoa não queira sua difusão⁴⁰. Surge a ideia de controle do indivíduo sobre as suas informações, bem como uma autonomia para preservar e proteger seus dados pessoais⁴¹.

Conforme Benjamin, Marques e Bessa,

A fórmula clássica de ver a privacidade – *the right to be let alone* – não mais se adapta à configuração atual da realidade. O computador alterou o quadro pelo qual apenas, ou especialmente, as pessoas notórias eram alvo de bisbilhotices por parte da mídia ou do Estado. A preocupação com a privacidade nos mais diversos aspectos, mas principalmente no que se refere à proteção de dados pessoais, aumenta na mesma proporção da evolução tecnológica na área informática. Há consenso na doutrina de que os avanços tecnológicos, ao lado dos seus inúmeros benefícios, representam ameaças

³⁷ *Right of privacy* (EUA), *droit à la vie privée* (FRA), *diritto alla riservatezza* (ITA), *recht auf informationelle selbstbestimmung* (ALE) – como direito fundamental à autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal – e direito à privacidade ou à vida privada (Brasil e Portugal). In CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 15.

³⁸ *Apud* CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 16.

³⁹ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 224.

⁴⁰ DELPIAZZO, Carlos E. *De la intimidad a la privacidad*. In: _____ El Trabajo ante Las Nuevas Tecnologías. Montevideo: 2010, p. 11.

⁴¹ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 224.

aos direitos da personalidade ou, em última análise, à dignidade da pessoa humana⁴².

A privacidade não se limita ao espaço físico. É possível falar em privacidade estando em locais públicos, físicos ou virtuais, bastando que o fato em si tenha natureza privada. Nesse sentido, o indivíduo pode decidir comunicar ou não, o quê, a quem, quando e onde comunicar⁴³. E para haver a revelação da privacidade por alguém é necessária a presença de quatro elementos: ter algo privado na sua vida; ter conhecimento de que esse algo é privado ou atribuí-lo como tal; ter o poder de revelá-lo; e ter a vontade de revelá-lo⁴⁴.

Quando se fala em “privado”, pode estar-se referindo ao conteúdo do que é revelado ou da forma como está sendo revelado determinado conteúdo. Nada é privado *a priori* porque o que é privado para uma pessoa pode não o ser para outra. Revelar algo em privado não significa necessariamente que o conteúdo dessa revelação é privado em si mesmo. Nem tudo que é privado precisa ser dito em espaço privado; o dito em espaço público poderá ser privado, desde que não esteja na presença de outros indivíduos senão aqueles eleitos como destinatários e guardas da privacidade revelada pelo remetente⁴⁵.

Exemplos são as conversações ocorridas no telefone, internet, *chats*, *e-mails* ou redes sociais. Todas essas tecnologias estão disponíveis para todos – diferentemente da casa, que é asilo inviolável - mas as revelações nelas feitas são privadas, desde que outras pessoas, que não as destinatárias escolhidas pelo remetente, não interceptem ou escutem as mensagens. E é justamente o fato de não haver outras pessoas interceptando ou escutando as mensagens que faz dessas revelações, por esses meios, privadas⁴⁶.

Acima citamos os espaços virtuais, que não são propriamente espaços públicos, como uma cafeteria, nem privados, tal qual a casa de alguém. Espaços virtuais são tecnologias disponíveis ao uso público de forma lícita. Mas, por meio delas, as revelações podem se dar em caráter privado. Outro exemplo: o telefone⁴⁷.

⁴² BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 334.

⁴³ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 236.

⁴⁴ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 266.

⁴⁵ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 267.

⁴⁶ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 268.

⁴⁷ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 269.

Estando ele numa sala privada, considera-se seu uso como privado; mas o telefone em si não é um espaço privado como a sala privada o é. Ambos não se confundem. O telefone é uma conversa à distância transmitida por um meio tecnológico⁴⁸.

Por fim, vimos que o critério fundamental para haver uma revelação privada da privacidade é o de não haver ninguém interceptando ou escutando a mensagem senão os destinatários eleitos pelo remetente, independentemente do conteúdo transmitido. Mas há outros critérios. Por exemplo, é privado quando, em uma conversação, o remetente pede segredo ao destinatário ou destinatários sobre o conteúdo dos dados revelados; igualmente será privado quando algo não é revelado a (quase) ninguém⁴⁹.

1.3 O ambiente laboral e os direitos da personalidade

1.3.1 Princípios constitucionais específicos aplicados ao Direito Individual do Trabalho

Não há unanimidade na doutrina sobre quais são os princípios constitucionais específicos aplicados ao ramo juslaboral. Alguns autores entendem que os qualificadores “princípio” ou “regra” somente poderão ser atribuídos a determinado(s) enunciado(s) após um procedimento de interpretação e ponderação à luz do caso concreto⁵⁰. Outros autores⁵¹ propuseram princípios a partir da densa bibliografia juslaboral e soluções jurisprudenciais já construídas, em conjunto com os enunciados literais constitucionais.

⁴⁸ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 268.

⁴⁹ CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 270.

⁵⁰ Dentre eles: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵¹ Embora discordemos, um exemplo é o autor Araújo Molina, o qual entende que a CRFB não expressou diretamente princípios específicos ao Direito do Trabalho. Mas, sob os fundamentos da inferioridade do trabalhador e a necessidade de intervenção estatal para compensar a sua desigualdade fática no plano socioeconômico, entende haver quatro princípios constitucionais aplicados diretamente ao Direito do Trabalho: princípios da proteção, da indisponibilidade de direitos, da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego. In MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159 – 160.

Em que pese respeitadas opiniões diferentes⁵², adotamos aqui o entendimento de Cínthia Oliveira e Leandro Dorneles, os quais afirmam ser possível deduzir dois princípios basilares do Direito Individual do Trabalho a partir da CRFB: princípio da proteção ao trabalhador e o princípio da promoção da melhoria da condição social do trabalhador. Vejamos.

O artigo 1º, inciso III, da CRFB assevera que o Brasil, enquanto República Federativa e Estado Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Em síntese, a “dignidade é o traço que distingue os seres humanos dos demais seres vivos”, de modo que “nenhum ser humano pode ser senhor do outro: todo são iguais [...] em seu potencial emancipatório”. Por meio da razão, o ser humano diferencia-se dos demais seres vivos: aquela o dota de livre-arbítrio, isto é, uma liberdade potencial para agir sobrepondo os instintos mais primitivos. A potencialidade referida é inerente a todos seres humanos, de modo que, justamente por isso, nenhum ser humano pode ser senhor de outro – daí a decorrência da igualdade a partir da liberdade⁵³.

A escravidão já foi instituto legitimado: um ser humano assenhorava-se legítima e legalmente de outro, ainda que ambos dotados de mesmo potencial de liberdade e, portanto, dignidade. Erro histórico grave que deve ser constantemente combatido nos dias atuais. E a CRFB posicionou-se combativamente ao trazer a dignidade como pilar do Estado brasileiro.

Contudo, há muitas dificuldades e desigualdades materiais na atualidade, e vimos anteriormente que o Direito do Trabalho surge para tentar reequalizar essa “balança” entre capital e trabalho, empregador e empregado. O Direito do Trabalho é consectário lógico do pilar da dignidade, esta que exige, em última análise, a busca constante pela igualdade material dos sujeitos da relação. Daí falar-se em proteção ao trabalhador⁵⁴ como princípio norteador de todas relações juslaborais, pois é o

⁵² Maurício Godinho Delgado extrai princípios diferentes: valorização do trabalho e emprego, justiça social, submissão da propriedade à sua função socioambiental e dignidade da pessoa humana. In DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 02, p. 14, 2007. Disponível em <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>. Acesso em 12/3/2017.

⁵³ OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 27.

⁵⁴ Sobre o princípio da proteção, Plá Rodriguez afirma que “*el fundamento de este principio está ligado com la propia razón de ser del derecho del trabajo [...] El derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito*

obreiro quem precisa ser blindado nessa relação desequilibrada, e protegido por meio de fixação de patamares mínimos constitucionais e legais.

Por sua vez, o princípio da promoção da melhoria da condição social do trabalhador, plasmado na parte final do art. 7º da CRFB, “é aquele em virtude do qual o direito do trabalho, baseado em critérios de solidariedade e justiça social, busca o constante estímulo à ampliação dos contornos protetivos que lhe são característicos”⁵⁵. A lógica de manter ou ampliar direitos dos trabalhadores é extraída da dignidade e proteção constitucionais: para resguardar um patamar mínimo digno exige-se, por vezes, ampliar seus direitos, quando a marcha social assim o exigir. E aqui entram as inovações tecnológicas, que, cada vez mais, adentram todas as esferas da vida dos indivíduos, inclusive as relações juslaborais.

1.3.2 Poder patronal e suas manifestações: indícios do surgimento de um poder de fiscalização eletrônico

Pode o empregador, por meio de ordens e instruções, organizar sua força de trabalho para executar certa atividade, e o faz via poder de comando. São dois os fundamentos deste poder: direito de propriedade garantido constitucionalmente e o caráter orgânico do conceito de empregador. Este último é dado pelo próprio art. 2º da CLT, que classifica o empregador como “empresa”: os trabalhadores devem submeter-se a esse poder pois são subordinados juridicamente ao empregador⁵⁶.

Moreira afirma que “o empregador, como titular da organização produtiva, tem direito de conformar a sua organização. Para a consecução desse objetivo necessita de ter determinados poderes”⁵⁷. Para tanto, há pelo menos cinco manifestações do

de nivelar desigualdades”. In RODRIGUEZ, Américo Plá. Los Principios del Derecho del Trabajo. 4. ed. Montevideo: Fundación del Cultura Universitaria, 2015, pp. 74 – 75.

⁵⁵ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 28,

⁵⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, pp. 53 – 54.

⁵⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 343.

poder patronal: poder de regulamentação; poder de direção; poder de fiscalização; poder disciplinar; e o poder de adequação dos serviços⁵⁸.

Regulamentar é poder decidir como se dará a execução dos serviços, fixando normas internas disciplinares ou de plano de cargos e salários, por exemplo, a fim de estimular os trabalhadores a produzirem mais. O empregador também dirige pessoalmente a prestação de serviços quando distribui e orienta em relação às tarefas a serem executadas por seus empregados. Poderá punir dentro dos limites legais e regulamentares e adequar de forma unilateral a prestação de serviços às suas necessidades⁵⁹.

De grande importância para o presente trabalho é adentrarmos a análise do poder de fiscalização. Aduzem Chíntia Oliveira e Leandro Dorneles que tal poder, de controle e supervisão de tarefas,

intrinsecamente ligado aos anteriores, [...] vem se tornando cada vez mais relevante em virtude das novas tecnologias disponibilizadas ao empregador, bem como de seu potencial lesivo a determinados direitos fundamentais de privacidade e intimidade dos trabalhadores⁶⁰.

Nessa linha de entendimento, também Teresa Moreira afirma que

A evolução científica e tecnológica influencia todos os sectores da vida [...] e repercutindo-se nas relações laborais, despertando o interesse do Direito do Trabalho. [...] Desde a primeira revolução industrial, o mundo tem vivido em constante inovações tecnológicas. Os próprios poderes do empregador, e entre eles, o poder de controlo, não constituem conceitos isolados e estanques em relação às mutações ocorridas na sociedade, [...] mas sim o contrário, integrando uma “instituição absolutamente receptiva”⁶¹.

A reprodução literal supra encaminha-nos a uma prévia conclusão: o Direito do Trabalho não está imune aos avanços tecnológicos. E mais. O poder de controle patronal – notadamente o fiscalizatório – tem recebido influência direta da inovação tecnológica.

Neste trabalho não se pretende rediscutir os limites genéricos do poder patronal, muito menos negar sua existência. O problema que se coloca aqui é

⁵⁸ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, pp. 53 – 54.

⁵⁹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 53.

⁶⁰ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 53.

⁶¹ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 411.

diferente: a tecnologia de comunicação eletrônica atual disponível, para além de forçar a doutrina e jurisprudência juslaborais a reinterpretar institutos jurídicos defasados, não ensejaria, também, um chamamento ao debate em relação aos limites do poder patronal em relação à vida privada de seus trabalhadores?

Teresa Coelho esclarece melhor a problemática a que propomos suscitar:

A questão que se coloca não é a legitimidade do controlo mas a dos seus limites, tendo em consideração que com estas tecnologias ressurgiu o clássico debate relativo ao **equilíbrio entre o direito fundamental à privacidade dos trabalhadores e os legítimos direitos dos empregadores** de dirigir os trabalhadores e controlar as suas tarefas. O grande perigo advém das tecnologias que são utilizadas, já que com elas foram criadas formas mais sofisticadas e efectivas de controlar os trabalhadores. Assim, se estas e a introdução de novos meios de comunicação electrónicos têm inúmeras vantagens para o funcionamento interno das empresas, é inquestionável que suscitam importantes questões jurídicas em diversas áreas, com especial incidência no campo laboral⁶². (grifos nossos)

Dado que o termo “novas tecnologias” suscita debates quase infundáveis, e que o presente trabalho não tem a pretensão de abarcá-lo por inteiro, tentaremos tratar neste trabalho tão somente das novas tecnologias de comunicação instantânea: *chats* ou *messengers* utilizados no contexto das relações juslaborais. Por certo, tal delimitação não impedirá analisarmos outras tecnologias semelhantes a fim de auxiliar na construção da argumentação a que este trabalho se propõe. Em capítulo específico abordaremos melhor o tema.

1.3.3 Limites ao poder patronal

Conforme Chíntia Oliveira e Leandro Dorneles, “os poderes patronais sofrem limitações internas (ou instrínsecas), externas (ou extrínsecas) e voluntárias”⁶³.

Dado que o poder de comando justifica-se na medida em que torna útil a organização da prestação laboral, os limites internos são aqueles que se enquadram

⁶² MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 415.

⁶³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 53.

nesta medida. Uma ordem inútil, por exemplo, é abusiva porque está fora do *range* daquilo que se entende por necessário e suficiente para “tocar” o empreendimento⁶⁴.

O trabalhador não se separa da pessoa que é enquanto labora e seu dispêndio de energia dá-se de forma pessoal. Ao se iniciar uma relação interpessoal que coloque um determinado sujeito em uma posição jurídica desfavorável de forma duradoura, as chances de ocorrerem abusos de poder por parte do empregador se potencializam, pois o poder tende a se expandir por natureza⁶⁵. Nessa esteira, os limites externos ao poder patronal são em grande medida dados pelos direitos fundamentais positivados na CRFB.

Sendo assim, o poder de controle exercido pelo empregador, que deriva do princípio constitucional de liberdade da empresa, tem de cumprir certos requisitos para que os direitos fundamentais dos trabalhadores e os mandamentos legais sejam observados. Deve o empregador analisar em cada caso concreto se a medida de controle respeita as exigências de proporcionalidade, de transparência e de boa fé⁶⁶.

Segundo Teresa Moreira,

O princípio da boa-fé está relacionado também com o **princípio da transparência e com o princípio do conhecimento prévio dos trabalhadores**, assim como dos seus representantes. O princípio da boa fé adquire no direito do trabalho uma feição particular por se tratar de uma relação contratual de duração continuada e por nela ocorrer uma implicação da pessoa do trabalhador. Desta forma, este dever adquire no contrato de trabalho uma função essencial em ordem ao devido cumprimento das obrigações assumidas para celebrá-lo⁶⁷. (grifos nossos)

Portanto, quanto às limitações externas, a impossibilidade de separar o trabalho da pessoa que trabalha aliada ao poder de comando empresarial e seus eventuais abusos, potencializados nessa relação verticalizante, é o que fundamenta

⁶⁴ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 53.

⁶⁵ Hobbes, ao tratar sobre o poder instrumental – adquirido pelas faculdades do corpo ou da mente, ou pela sorte –, e que servem como meios para alcançar riquezas, ressalta que “[...] Por sua natureza, esse poder cresce à medida que avança, como ocorre com a fama ou com os corpos pesados, que aumentam a velocidade à medida que caem”. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 75.

⁶⁶ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 380.

⁶⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 386.

a intervenção do Estado, minimizando a autonomia das partes e impondo normas para tutelar seus direitos fundamentais e direitos da personalidade⁶⁸.

Por fim, os limites voluntários são aqueles dados pela vontade das partes expressa no contrato ou de forma unilateral, a exemplo do regulamento empresarial⁶⁹. Os limites voluntários são via de mão dupla: tanto o empregador pode autorrestringir seu poder patronal quanto o empregado algum direito fundamental, consoante doutrina de Palma Ramalho, que será analisada em seção específica.

1.3.4 Os direitos da personalidade na relação de emprego

Vimos que os direitos fundamentais atuam como limites externos ao poder patronal. Isso só é possível porque a eficácia horizontal destes direitos, que se dá entre particulares, é reconhecida na relação trabalhista. É o que leciona André Molina, quando afirma que

os sujeitos da relação de trabalho [...] podem invocar a incidência dos direitos fundamentais das quatro dimensões [...] em face de violação praticada pelo outro sujeito de direito, também um particular. Como ambos são detentores de direitos fundamentais, a sua incidência nas relações de trabalho acabará quase sempre em problema de colisão⁷⁰ de princípios⁷¹.

Com o exposto, pode-se perceber que, além da natural contraposição de interesses das partes inerentes ao contrato de emprego⁷², alguns conflitos ultrapassam o âmbito laboral, especialmente quando o exercício do poder patronal entra em conflito com os direitos fundamentais do empregado.

⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, pp. 283 - 284.

⁶⁹ Vale lembrar que “[...] o exercício do poder fiscalizatório vem se tornando cada vez mais relevante em virtude das novas tecnologias disponibilizadas ao empregador, bem como de seu potencial lesivo a determinados direitos fundamentais de privacidade e intimidade dos trabalhadores”. In OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 53.

⁷⁰ Para maiores informações: ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁷¹ Segundo o autor, o STF e a jurisprudência trabalhista vêm adotando a tese da eficácia direta e aplicabilidade imediata. In MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 236. Para maiores informações sobre eficácia dos direitos fundamentais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁷² Regra geral, por um lado o empregador tem interesse em extrair o máximo de valor da sua força de trabalho pelo menor custo. Por outro, o empregado o de receber a maior remuneração possível com o mínimo de esforço.

Não esqueçamos que a dignidade humana, enquanto valor superior e norteador de todos os direitos fundamentais e da personalidade, deve presidir as relações trabalhadoras. O empregador não pode, sob o argumento de deter o poder de direção empresarial, ignorar direitos básicos do seu colaborador previstos nas leis trabalhistas, nas normas coletivas, no contrato individual, no regulamento interno das empresas e, especialmente, na Constituição⁷³.

E mais. Em que pese o empregador também ter direitos fundamentais garantidos, *tem-se que os do trabalhador devem prevalecer a priori*, ou seja, de forma não conclusiva mas preferencial. Isto porque “o polo patronal tem uma potencialidade lesiva aos direitos fundamentais dos trabalhadores muito superior do que ocorre na relação inversa”, especialmente no decorrer do contrato de trabalho, devido aos fatos de o trabalhador ser mais vulnerável econômica e socialmente e estar diretamente subordinado juridicamente ao poder de comando do empregador⁷⁴.

Assim também entende Teresa Moreira:

perante um conflito ou colisão entre os interesses organizativos e produtivos do empregador e o respeito devido à dignidade e privacidade dos trabalhadores ou, eventualmente, a outros direitos fundamentais, **deve dar-se primazia a estes últimos**. A não ser assim, parece que se estaria a esvaziar de sentido os princípios e fins básicos que caracterizam o Direito do trabalho como disciplina compensadora e equilibradora de desigualdades reais entre empregadores e trabalhadores⁷⁵. (grifo nosso)

Os direitos da personalidade, como vimos em seção específica, são antes direitos fundamentais, e o trabalhador é, antes de mais nada, cidadão. Embora a subordinação seja o elemento central da relação de emprego, a personalidade também a integra, projetando a própria personalidade do trabalhador que labora, constituindo o elo da indissociável ligação pessoa e trabalhador. Assim, justifica-se a ideia de que a própria pessoa do trabalhador, mesmo enquanto labora, permanece com seus *status* de cidadão protegido por direitos fundamentais constitucionais, tais como a intimidade, proteção à vida privada, igualdade e liberdade de expressão de pensamento⁷⁶.

⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 407.

⁷⁴ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 104.

⁷⁵ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 409.

⁷⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, pp. 99 – 101.

Seguimos a tese de que há aplicabilidade imediata de direitos fundamentais na relação de emprego, como já mencionado. Outrossim, parte importante da doutrina⁷⁷ justralhista acredita que são absolutamente indisponíveis⁷⁸ os direitos de personalidade do trabalhador, tais como honra, intimidade, segurança, vida privada e imagem, pois eles não têm caráter patrimonial, embora eventuais violações possam gerar o dever de indenizar⁷⁹.

A indisponibilidade dos direitos da personalidade, sob a óptica civilista, contempla a intransmissibilidade – impossibilidade de alterar o sujeito titular do direito - e a irrenunciabilidade – impossibilidade de o titular do direito renunciá-lo. Em síntese, o indivíduo não pode, por livre vontade, transferir a titularidade de um direito da personalidade para outrem, “trocá-lo” por dinheiro ou dele abrir mão.

No entanto, a forma como essas características são enfrentadas na doutrina juslaboral não é unânime. Há doutrina que entende poder haver limitações aos direitos fundamentais do trabalhador até mesmo de forma voluntária⁸⁰. Nessa linha, também Teresa Moreira admite que

o contrato de trabalho não pode, de forma alguma, incompatibilizar a manutenção e o exercício dos direitos fundamentais de que o trabalhador é titular quer enquanto trabalhador, quer enquanto cidadão. Assim, e atendendo a esta circunstância, a questão que deve colocar-se é a de saber em que condições e em benefício de que interesses **pode o exercício dos direitos fundamentais ser condicionado**, devendo ter em atenção que nenhum direito é absoluto [...]⁸¹. (grifo nosso)

1.4 Os limites aos direitos fundamentais

⁷⁷ Por todos: CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, pp. 250 - 251.

⁷⁸ Absolutamente indisponíveis, isto é, que não podem ser transacionados ou renunciados pelo trabalhador, pois tutelam o interesse público e patamar civilizatório mínimo, com base nos artigos 1º, inciso III e 170, da CRFB. São exemplos a anotação de CTPS, pagamento do salário mínimo, normas de saúde e segurança do trabalho, normas constitucionais em geral, normas de tratados e convenções internacionais vigentes, normas de identificação profissional e dispositivos antidiscriminatórios. In DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 208.

⁷⁹ Valentin Carrion entende que o dano moral é aquele que “atinge os direitos da personalidade, sem valor econômico, tal como a dor mental psíquica ou física”. In CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 359.

⁸⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2003, p. 178. Veremos com mais detalhes em seção específica.

⁸¹ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 403.

1.4.1 Os limites aos direitos fundamentais dos trabalhadores: exceções à prevalência apriorística dos direitos fundamentais dos trabalhadores

Vimos em seção específica que tanto o empregador como o empregado são protegidos por direitos fundamentais, mas que os do trabalhador devem prevalecer aprioristicamente, ou seja, de forma não conclusiva mas preferencial. A explicação para essa prevalência é, em parte, a que justifica a própria existência do Direito do Trabalho como ramo autônomo: a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador, que detém o poder de comando, do qual decorre a vulnerabilidade que torna o trabalhador muito mais suscetível que o empregador a ter seus direitos fundamentais desrespeitados na relação⁸².

No entanto, optamos em considerar a premissa da doutrina de que os direitos fundamentais não são absolutos, “no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva ou objetiva”⁸³. Mesmo que tenhamos argumentado a favor da prevalência *a priori* dos direitos fundamentais do trabalhador em detrimento dos direitos do empregador, as situações do cotidiano são variadas e, em situações excepcionais, os direitos do empregador – à livre iniciativa ou à propriedade – poderão prevalecer.

Dito isso, Palma Ramalho entende que reconhecer a efetividade dos direitos fundamentais no ambiente laboral equivale a admitir implicitamente limitações a esses direitos. Assim, há três tipos de limites para dar utilidade ao exercício desses direitos fundamentais por parte do trabalhador: limites imanentes, limites extrínsecos e limites voluntários⁸⁴.

Os limites imanentes são aqueles inerentes a qualquer direito, dado que nenhum direito é absoluto. Caso sejam ultrapassados, haverá abuso de direito. Palma Ramalho dá o exemplo de dois funcionários que foram despedidos em virtude de

⁸² In OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 104 e MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 409.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 405.

⁸⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 174.

serem pegos em flagrante mantendo relações sexuais no ambiente laboral. Um colega de trabalho os flagrou, espiando-os pela fechadura. Segundo a autora, a despedida é válida em virtude de comportamento inadequado⁸⁵.

Chíntia Oliveira e Leandro Dorneles acrescentam que, no exemplo acima relatado, os empregados não poderiam opor seu direito à privacidade para invalidar a despedida, “afinal, o empregado estaria invocando abusivamente um direito fundamental para mascarar uma conduta gravíssima, que inviabiliza, de toda sorte, a manutenção do vínculo empregatício”⁸⁶.

Os limites extrínsecos decorrem do fato de outros interesses ou direitos poderem colidir com os direitos do obreiro, de modo que essa colisão deverá ser tratada com a recíproca cedência desses direitos colidentes ou fazendo prevalecer o direito que é superior no caso concreto⁸⁷.

Os limites voluntários são os de mais difícil enquadramento. Podem decorrer da manifestação expressa de vontade do próprio obreiro – autolimitação – ou de acordo entre patrão e empregado regrado no contrato de trabalho. Trata-se, neste caso, de renúncia e restrição, tanto de direitos fundamentais quanto de direitos da personalidade, de modo que, uma vez admitida a eficácia privada dos direitos fundamentais, “qualquer pacto ou declaração do trabalhador no sentido de restrição tem que reduzir-se ao mínimo e *deixar intocado o conteúdo essencial* dos direitos”⁸⁸.

Além disso, segundo Palma Ramalho, uma vez restringido algum direito da personalidade, admite-se a revogação da declaração de renúncia ou limitação a qualquer tempo e unilateralmente⁸⁹.

1.4.2 O núcleo essencial dos direitos fundamentais: comentários acerca da (im)possibilidade de sua delimitação *a priori*

⁸⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 174.

⁸⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 111.

⁸⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 175 - 176.

⁸⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 178.

⁸⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 178.

Vimos neste capítulo que há doutrinadores civilitas e juslaborais que entendem os direitos fundamentais e da personalidade caracterizados como absolutamente indisponíveis, não sujeitos a qualquer espécie de transação ou renúncia nas relações contratuais empregatícias.

Palma Ramalho, por sua vez, embora admita a dificuldade de enquadramento, entende que é possível haver uma limitação voluntária de direitos fundamentais por parte do empregado, desde que manifestada de forma expressa. A própria autora no entanto ressalta que, em qualquer tipo de limitação aos direitos fundamentais, inclusive por parte do obreiro, haverá “limites aos limites” dos direitos fundamentais que deverão ser respeitados.

Um deles é o seu núcleo essencial ou “conteúdo essencial”⁹⁰. Teresa Moreira afirma que

Este reconhecimento de um poder privado que o empregador exerce sobre o trabalhador pressupõe a existência de limites e de restrições que não coloquem em causa os seus direitos fundamentais. Trata-se da necessidade de encontrar os “**limites dos limites**”, a “**esfera de intangibilidade**” do trabalhador que significa aquele **conjunto de direitos invioláveis que não podem ser comprimidos nem anulados** pelo facto de o trabalhador trabalhar numa organização alheia, impedindo o empregador de “penetrar nesse círculo isento”, e de ferir a dignidade dos trabalhadores, tendo em atenção que a inserção numa relação de trabalho pode impedir o exercício de determinados direitos democráticos⁹¹. (grifos nossos)

Um núcleo ou conteúdo essencial de qualquer direito fundamental – e por conseguinte de direitos da personalidade - deve permanecer intangível, não sujeito a qualquer restrição, seja por parte do próprio titular do direito, seja por parte de terceiros, como também leciona Luciano Martinez. Para o autor,

entende-se por conteúdo essencial de um direito fundamental o seu núcleo substancial, em certa medida irrestringível, com a perda do qual se desnatura ou fenece [...] Violar o conteúdo essencial de um direito [...] implica torná-lo vazio, com pouca ou nenhuma efetividade.⁹²

Fenece ou desnatura porque “a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde

⁹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 178.

⁹¹ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 401.

⁹² MARTINEZ, Luciano. *Conduitas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 148 – 149.

a sua mínima eficácia, deixa de ser reconhecível como direito fundamental”⁹³. São indisponíveis a intervenções estatais e podem ser opostos direta ou indiretamente a particulares⁹⁴ enquanto garantidores da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções⁹⁵.

No Brasil, a CRFB não expressou diretamente a garantia do núcleo essencial, porém em seu artigo 60, parágrafo 4º, quando preconiza “tendente a abolir”, manifesta-se implicitamente a favor de sua proteção, no sentido de que quaisquer restrições equivalentes à supressão são vedadas⁹⁶. De modo mais preciso, o art. 18º, nº 3, da Constituição portuguesa refere que

as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Ressalte-se não há como dar contornos exatos ao núcleo dos direitos fundamentais por antecipação. Da mesma maneira, o núcleo essencial não se confunde com uma variação quantitativa de conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais e não equivale necessariamente a um conteúdo mínimo qualquer⁹⁷.

Comentamos acerca das características sobre a privacidade em seção específica⁹⁸. Façamos, agora, a relação entre a privacidade e as teorias absoluta e relativa em relação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Para a teoria absoluta, tais direitos já “nascem” com fronteiras fixas que não podem ser ultrapassadas. Alguns doutrinadores adeptos a esta teoria entendem que o termo absoluto é diferente do termo imutável; é absoluto - e justifica a teoria - porque

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 420.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 421.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 413.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 421.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 422.

⁹⁸ Para isso, devido à importância do tema, caso necessário lembrá-lo, pedimos ao leitor que retorne à seção “Breves comentários sobre a privacidade”.

há uma variável dinâmica cujo conteúdo essencial modifica-se com o tempo mas não conforme as contingências⁹⁹.

Por outro lado, conforme a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, adotada por Ingo Sarlet e Virgílio Afonso da Silva, um conteúdo essencial *a priori* fixo não pode ser admitido, pois a delimitação do núcleo essencial depende das condições de fato e das colisões entre os direitos fundamentais no caso concreto. As colisões são resolvidas mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, de modo que as restrições que eventualmente sejam efetuadas não devam afetar o conteúdo essencial. Não é a quantidade de restrições que interessa, mas sim a pretensa fundamentação constitucional apta a legitimá-las¹⁰⁰.

1.4.3 O núcleo essencial do direito à privacidade: nosso posicionamento frente à nova problemática envolvendo as novas tecnologias de comunicação

Para enquadrar a privacidade como absoluta e não suscetível a restrições externas, de acordo com a teoria absoluta, poder-se-ia afirmar que a privacidade foi modificando seus contornos ao longo do tempo: antes, seu conceito estava restrito ao direito de estar só. Atualmente, tem-se a ideia de controle e autonomia dos dados por parte de seu detentor. E mais. Os critérios essenciais para enquadrar um fato como privado teriam permanecido supostamente inalterados: não haver outras pessoas senão os eleitos destinatários interceptando a comunicação; o emissor pedir segredo em relação às mensagens aos destinatários eleitos ou revelá-las somente aos mais íntimos. Em suma, essas condições de privacidade não teriam se modificado por meio de contingências; já os contornos do conceito teriam sido modificados pelo tempo.

Por sua vez, sob o enfoque da teoria relativa, o direito à intimidade, previsto no artigo 5º, inciso X da CRFB não está sujeito à reserva de lei, isto é, a autorizações

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196 *apud* MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindiais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p 149.

¹⁰⁰ Ver SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Faculdade de Direito da USP, vol. 4, 23-51, 2006, pp. 48 – 49. Disponível em http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em 12/32017. E também SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 410 – 412.

dadas ao legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que funcionaria, caso existisse, como uma restrição¹⁰¹. Logo, pode este direito, portanto, vir a colidir com outro direito fundamental igualmente não sujeito àquela reserva, a exemplo do artigo 5º, inciso IX que traz a liberdade de expressão¹⁰². Uma crítica possível à teoria absoluta seria a de que, pelo fato de o direito à intimidade não estar sujeito à reserva de lei, também não estaria sujeito a qualquer restrição, o que tornaria tal direito absoluto. Virgílio Afonso da Silva, adepto da teoria relativa, afirma que

a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, já que elas impõem um ônus argumentativo ao legislador, ao juiz e ao administrador; uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como limites iminentes, conteúdos absolutos, especificidade a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais. Nessas teorias, a restrição ocorre de forma disfarçada, com base em uma exclusão a priori de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. [...] Ao excluírem de antemão essa proteção, liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo¹⁰³.

Portanto, temos que, de um lado, sob o enfoque da teoria absoluta, o direito à privacidade seria portador de um núcleo essencial já delimitado de antemão e não sujeito a limitações externas. Por outro lado, sob o enfoque da teoria relativa, não há direitos cujo núcleo essencial esteja delimitado *a priori*: os limites sempre se dão *a posteriori*, quando houver colisões entre direitos e princípios fundamentais no caso concreto.

Adotamos para fins deste trabalho e com base no já exposto as seguintes premissas: a) não há direitos absolutos ou insuscetíveis de restrições; b) quanto mais preciso o tratamento jurídico dado ao direito à privacidade, maior será a segurança jurídica; c) qualquer espécie de restrição deverá obrigatoriamente respeitar o núcleo essencial do direito à privacidade; d) não pode existir delimitação desse núcleo essencial *a priori*, conforme a teoria relativa.

Portanto, o direito à privacidade, como direito fundamental, não é absoluto e está sujeito a restrições quando houver colisões. Estas restrições deverão respeitar seu núcleo essencial, isto é, os limites materiais constitucionais desse direito. Em que

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 410 – 412.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 412.

¹⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4, 23-51, 2006, pp. 48 - 49.

pese termos adotado a premissa de que não é possível delimitar *a priori* esse núcleo, também adotamos a premissa de que, quanto mais preciso o tratamento jurídico dado ao instituto, maior será a segurança jurídica. Explicamos.

A introdução das novas tecnologias de comunicação instantânea no ambiente laboral não se faz de forma neutra. Traz, em vez disso, um paradoxo: por um lado, dá a possibilidade de uma suposta maior autonomia para os obreiros no ambiente de trabalho. Por outro lado, permite um controle maior por parte do empregador em relação a seus subordinados, seja por meio de instalação de programas espões, seja por monitoramento remoto. Um controle à distância que pode, inclusive, traçar um perfil completo do trabalhador, recriando seu histórico de acessos, pausas¹⁰⁴ e, o que é mais grave, acessar o conteúdo das mensagens privadas que deveriam estar a salvo de ingerências.

Assim, com essas novas tecnologias “o trabalhador se torna transparente para os empregadores e deixa de se sentir livre”. Um estado de vigilância permanente em uma “empresa panóptica”, cujo supervisor passa a ser “virtual”, pois descentralizada a subordinação para as próprias máquinas, aumentando o poder de controle do empregador sem um contrapeso jurídico devido ao empregado¹⁰⁵.

Esse aumento do poder de controle do empregador fica mais claro com o surgimento do novo poder de controle eletrônico sobre o trabalhador:

des-verticalizado, objectivo, incorporado na máquina e sistema com o qual interage, tornando-se à distância, em tempo real, com uma enorme capacidade de armazenamento, capaz de memorizar, cruzar e reelaborar detalhadamente muitos dos comportamentos dos trabalhadores¹⁰⁶.

Com o aumento do poder de controle, também aumentou-se sua “dimensão desumana [...] que pode originar o quase total desaparecimento da privacidade dos trabalhadores”. Essa dimensão desumana permite um “controlo potencialmente vexatório, contínuo e total; pode [...] trazer riscos para a saúde dos trabalhadores,

¹⁰⁴ Teresa Moreira os chama de “programas *in accounting*”, os quais “permitem a recolha de dados sobre a quantidade e a qualidade de trabalho, o tempo, as pausas e tudo o que se relaciona com a produtividade do trabalhador”. In MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 645.

¹⁰⁵ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 419 – 423.

¹⁰⁶ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 426.

tanto físicos, como psíquicos, [...] pressão psicológica que poderá conduzir [...] a casos de assédio moral e doenças como depressões e *stress*¹⁰⁷.

Um tratamento jurídico preciso da privacidade no espaço virtual do ambiente laboral, notadamente referente às comunicações instantâneas, faria com que houvesse maior segurança jurídica e maior vinculabilidade das decisões pelos tribunais. E mais: imporia novos limites a esse novo poder de controle empresarial. Não podemos delimitar *a priori* o núcleo essencial da privacidade, mas tentaremos neste trabalho apresentar novas perspectivas sobre este direito fundamental no sentido de fazer um contrabalanço ao uso dessas tecnologias por meio da análise das legislações portuguesa e brasileira e de alguns julgados desses países.

Não é possível admitir que “dimensões desumanas” surjam e se desenvolvam em nosso ordenamento jurídico. Se o novo poder de controle eletrônico é dotado de tal dimensão, também o direito à privacidade, em resposta, deverá adotar outras dimensões jurídico-normativas a fim de reestabelecer o equilíbrio que, como veremos nos capítulos seguintes, foi deixado de lado em legislações e decisões jurisprudenciais brasileiras e portuguesas.

¹⁰⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 428.

2 A TUTELA JURÍDICA DA PRIVACIDADE: PANORAMA NAS LEGISLAÇÕES PORTUGUESA E BRASILEIRA

2.1 O direito à privacidade no ordenamento jurídico português

2.1.1 O direito à privacidade na Constituição da República portuguesa

A Constituição da República portuguesa (CRP) traz em seu artigo 26º nº 1 o seguinte, com destaque à reserva da intimidade da vida privada e familiar:

A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

O artigo 32º nº 8, por sua vez, aduz que haverá nulidade de provas obtidas por meio de abusiva intromissão na vida privada ou nas telecomunicações:

São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

O artigo 34º da Constituição portuguesa traz a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. O seu nº 1 aduz que “o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”. Por sua vez, o nº 4 afirma que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. A regra constitucional é clara no sentido da inviolabilidade de qualquer meio de comunicação de carácter privado. E as autoridades públicas estão expressamente vedadas de realizar interferências em meios de comunicação privados, sejam eles físicos ou virtuais, exceto para fins penais e nos termos da lei.

O artigo 35º da Constituição portuguesa regula a utilização da informática. O nº 1 do referido artigo garante o acesso pelo cidadão aos dados que lhe digam respeito, podendo exigir retificação e atualização; permite que saiba para qual finalidade os dados se destinam, nos termos da lei. O nº 3 proíbe expressamente o tratamento

informatizado de dados sobre a vida privada do indivíduo, salvo mediante seu consentimento expresso, autorização prevista por lei ou para processar dados estatísticos de forma não individualizável.

Importa destacar, por fim, que o art. 18º da Constituição portuguesa refere que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”, sendo que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. O direito fundamental à privacidade, portanto, só poderá ser restringido caso a CRP assim permita expressamente; eventuais restrições legais só serão admitidas para resguardar outros direitos fundamentais. Por fim, devem respeitar um *conteúdo (núcleo) essencial*¹⁰⁸ e não podem tais restrições ter efeitos retroativos.

2.1.2 O direito à privacidade nos códigos civil e penal portugueses

O Código Civil português (CCP) traz o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada em seu artigo 80º¹⁰⁹ e o dever de indenizar a violação de direitos de outrem, em especial a violação de direitos da personalidade¹¹⁰, que enseja a responsabilidade civil e providências judiciais específicas¹¹¹.

¹⁰⁸ Vimos em capítulo específico as teorias absoluta e relativa sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Adotamos para fins deste trabalho a tese relativa. Vale ressaltar que a CRFB não trouxe a proteção a esse núcleo de forma direta, somente de forma indireta ao proibir emendas “tendentes a abolir” tais direitos. Entendemos haver entretanto uma *perda protetiva* ao não prevê-la expressamente como o fez a Constituição portuguesa, pois, no mínimo, acaba-se por ampliar o leque interpretativo do legislador e do aplicador do Direito, podendo gerar assim maior insegurança jurídica. E quando se trata de restrições a direitos fundamentais, mister adotar-se cautela maior por parte dos operadores do Direito.

¹⁰⁹ Artigo 80.º 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

¹¹⁰ Artigo 70.º do CCP. 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

¹¹¹ Artigo 483.º do CCP. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos

Por sua vez, a doutrina penalista portuguesa compreende a privacidade em sua tripla esfera: intimidade, privacidade propriamente dita e vida normal da relação. O artigo 192 do Código Penal português traz o crime de devassa da vida privada, que, por ser crime comum, independe de qualidade específica do agente; o artigo 195 traz o crime de violação de sigilo profissional, sendo que, neste caso, o agente será aquele que descumpriu o dever de manter sigilo em virtude de sua profissão, a exemplo do médico. A vida privada é protegida pelo Código Penal português independentemente de se aferir se o fato foi desonroso ou não, uma vez que o bem jurídico protegido é a privacidade – e não a honra. A ideia dessa proteção é evitar tanto o acesso à informação quanto a divulgação desses fatos¹¹².

2.1.3 O direito à privacidade no Código do Trabalho português

O Código de Trabalho (CT) português reserva os artigos 14^o ao 22^o para os direitos da personalidade, sendo que o artigo 16^o trata mais especificamente do direito à reserva da intimidade da vida privada¹¹³. Tal proteção estende-se ao trabalhador e ao empregador tal qual o faz o Código Penal português: tanto o acesso quanto a divulgação de informações privadas são desautorizados¹¹⁴.

O artigo 14^o do CT português traz a liberdade de expressão e de opinião, de divulgação do pensamento e opinião, bem como dos direitos da personalidade em âmbito laboral. Relaciona-se com os artigos 25 da CRP e 29 do CT português, os quais trazem a proibição do assédio, entendido esse como ofensa à integridade do trabalhador. Dessa forma,

resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

¹¹² CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016, p. 84.

¹¹³ Artigo 16.º do CT. 1. O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. 2. O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

¹¹⁴ Interessante notar que o artigo 10^o do CT português traz as situações equiparadas, isto é, as normas legais que dizem respeito a direitos de personalidade, que são aplicáveis a qualquer relação de trabalho – até mesmo as que não tenham subordinação jurídica – desde que o prestador de trabalho seja dependente economicamente do beneficiário da atividade. Entendemos que estende-se também a esses casos a proteção de dados privados, em virtude de o direito à privacidade ser um direito da personalidade, como defendemos anteriormente.

deve o empregador optar por meios não invasivos, socorrendo-se de *meios tecnológicos que tenham um menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores*, de modo a procurar salvaguardar a privacidade e a dignidade do próprio trabalhador¹¹⁵.

O artigo 16º do CT português traz a reserva da intimidade da vida privada e tem relação com o artigo 26º nº 1 da CRP e com os artigos 18, 19, 20 e 22 do CT português, os quais concretizam a reserva da intimidade da vida privada. A redação do nº 2 do artigo 16º não é taxativa, o que permite abarcar outras hipóteses referentes à intimidade que não estão ali referidas, “como resulta do advérbio ‘nomeadamente’”¹¹⁶.

O artigo 17º do Código de Trabalho português traz a proteção de dados pessoais - limitação às exigências que o empregador pode fazer ao trabalhador. O empregador não pode exigir do trabalhador informações relativas à sua vida privada ou informações sobre sua saúde ou estado de gravidez¹¹⁷, bem como não pode negar-lhe acesso ou retificação a dados pessoais coletados do empregado. A Lei nº 67/98 de 26 de outubro – Lei de Proteção de Dados Pessoais - complementa este artigo e trata dos arquivos e acessos informáticos.

Ainda na esteira do artigo 17º do Código de Trabalho português, o item 4 resguarda os arquivos e acessos em equipamentos de informática que guardam dados pessoais do trabalhador, que são regulados e subordinados à legislação relativa à proteção de dados pessoais.

O artigo 18º do Código de Trabalho português traz regulações referentes aos dados biométricos. O empregador deve notificar à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), juntando um parecer da comissão de trabalhadores, caso queira tratar com informações biométricas de seus colaboradores, desde que sejam elas necessárias, adequadas e proporcionais aos objetivos a que se propõe. Uma vez cessado o contrato de trabalho, transferido o trabalhador ou cumprido o objeto para o qual se destinam, as informações biométricas deverão ser destruídas.

¹¹⁵ MARECOS, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 115.

¹¹⁶ MARECOS, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 115. O autor dá o exemplo da falta ou excesso de higiene no ambiente laboral. No entanto, o nome, local de nascimento, data de nascimento, dentre outros não integram, para o autor, o conceito de “intimidade da vida privada”.

¹¹⁷ O empregador poderá solicitar informações pessoais do trabalhador caso sejam estritamente necessárias à execução do contrato de trabalho e desde que devidamente fundamentadas as necessidades por escrito. Em não obedecendo as exigências, conforme inteligência do artigo 17º item 5, constituirá infração muito grave por parte do empregador.

O artigo 20º do Código de Trabalho português regula os meios de vigilância à distância. É proibido ao empregador controlar, por meio de tais equipamentos, o desempenho profissional do trabalhador no local de trabalho. O uso desses equipamentos deve ter a finalidade de segurança e proteção das pessoas e bens, ou quando as circunstâncias particulares exigirem, desde que, em qualquer caso, esteja afixado informativo em relação à presença e funcionamento desses equipamentos, a fim de que os trabalhadores deles tomem conhecimento de antemão¹¹⁸.

Segundo a Deliberação nº 1638/2013,

é proibido o controle à distância da atividade do trabalhador, através designadamente de ambientes de trabalho remotos ou partilha de ambiente gráfico, por exemplo *VNC – Virtual Network Computing*, que permitam acompanhar as ações e operações que o trabalhador leva a cabo no computador, seja em tempo real, seja em tempo diferido através da gravação daquelas operações¹¹⁹.

Os sistemas *Electronically Stored Information* (ESI) possibilitam automatizar buscas de informação em qualquer computador na rede interna, efetuando pesquisas por mensagens, por exemplo, por meio de palavras-chave, e guardar as informações de forma centralizada em servidores sem que o usuário perceba. O CNPD interpreta que tais sistemas não são admitidos. Segundo a Deliberação nº 1638/2013, “quaisquer mecanismos adotados pela entidade empregadora [...] devem garantir que não é acedida e copiada informação de natureza privada”¹²⁰.

O artigo 21º do Código de Trabalho português trata da utilização dos meios de vigilância à distância. O uso sujeita-se às mesmas regras sobre dados biométricos: autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados, que será concedida somente se o uso for considerado adequado, necessário e proporcional à finalidade que pretenda atingir; dados pessoais coletados deverão ser destruídos quando cessar o contrato de trabalho ou havendo transferência do trabalhador, ou, ainda, quando atingir seu objetivo.

¹¹⁸ Artigo 20º item 4 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 [uso para controle de desempenho] e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 3 [afixação de informativo]. Importa observar que, conforme o Decreto-lei nº 134/2009 de 2 de junho, nos trabalhos de *call centers* a própria natureza dessa atividade justifica a vigilância e uso de tecnologia que permite a gestão de um alto tráfego telefónico para contato com consumidores e utentes”. Este é um exemplo de permissão legal de controle de dados por parte do empregador.

¹¹⁹ Deliberação nº 1638/2013, p. 24.

¹²⁰ Deliberação nº 1638/2013, p. 25.

O artigo 22º do Código de Trabalho português trata da confidencialidade de mensagens e acesso à informação. Aduz que o trabalhador goza de direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico. No entanto, o empregador continua mantendo seu poder de regulamentar o uso dos meios de comunicação da empresa, a exemplo dos *e-mails*¹²¹.

O nº 1 do artigo 22º do CT português abrange “não só as cartas que o trabalhador envie ou receba, como (...) quaisquer outras mensagens enviadas ou recebidas, utilizando meios da empresa, independentemente do meio tecnológico em causa, que tenham caráter pessoal”. Caso a ferramenta pertença ao trabalhador, a tutela será a da propriedade, prevista nos artigos 1311 e seguintes do Código Civil português e 203 do Código Penal português¹²².

Os artigos 106º e 107º do CT português regulam o dever de informação, tanto para o empregador quanto para o trabalhador: ambos devem informar a contraparte sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho para a prestação da atividade laboral, por escrito, assinado pelo empregador.

2.1.4 O direito à privacidade em outros diplomas portugueses

2.1.4.1 A Deliberação nº 1638/2013 do CNPD

A deliberação nº 1638/2013 do CNPD é aplicável ao tratamento de dados pessoais decorrentes do controle da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral. O nº 1 do artigo 22º do Código de

¹²¹ O nº 1 do artigo 22º do CT consagra o princípio geral de confidencialidade das mensagens e acesso à informação, estando, por isso, vedado ao empregador o acesso ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e à informação de caráter não profissional, em caso de utilização pelo trabalhador dos meios de comunicação do empregador. *In* Deliberação nº 1638/2013, p. 6.

¹²² MARECOS, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 117.

Trabalho português consagra o princípio geral de confidencialidade das mensagens e acesso à informação,

estando, por isso, vedado ao empregador o acesso ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e à informação de carácter não profissional, em caso de utilização pelo trabalhador dos meios de comunicação do empregador¹²³.

Conforme interpretação do artigo 22º, nº 2 do CT português, exarada na Deliberação nº 1638/2013, o poder de regulamentar o uso dos meios de comunicação da empresa pelo empregador não abrange “qualquer mensagem ou comunicação que o trabalhador efetua através de contas de correio eletrónico, de redes sociais ou de quaisquer outras contas às quais o trabalhador aderiu a título pessoal, ainda que a elas aceda através do computador da empresa”¹²⁴.

No Capítulo II da Deliberação nº 1638/2013, referente ao tratamento de dados em especial, item “A” - controle de dados de comunicações telefónicas e de dados de tráfego -, há uma interpretação no sentido de que “é em geral proibido o acesso ao conteúdo das comunicações, a utilização de qualquer dispositivo de escuta, armazenamento, intercepção e vigilância de comunicações pelo empregador”¹²⁵.

Em relação ao controle de correio eletrónico e de dados de tráfego,

sejam quais forem as regras definidas pela empresa para a utilização do correio eletrónico para fins privados, o empregador não tem o direito de abrir, automaticamente, o correio eletrónico dirigido ao trabalhador. Não é o fato de certas mensagens ficarem gravadas em servidores da propriedade do empregador que lhe dá o direito de aceder àquelas mensagens, as quais não perdem a sua natureza pessoal ou confidencial, mesmo quando esteja em causa investigar e provar uma eventual infração disciplinar¹²⁶.

Ao empregador não é lícito proibir a utilização do correio eletrónico para finalidades pessoais; invocar a segurança dos meios informáticos para acessar conteúdo das mensagens eletrónicas; escutar, colocar dispositivos de escuta, armazenamento ou outros meios de interceptação ou vigilância de comunicações por terceiros sem o consentimento expresso dos usuários, salvo casos previstos em lei¹²⁷.

¹²³ Deliberação nº 1638/2013 do CNPD, p. 6.

¹²⁴ Deliberação nº 1638/2013 do CNPD, p. 6.

¹²⁵ Deliberação nº 1638/2013 do CNPD, p. 16.

¹²⁶ Deliberação nº 1638/2013, p. 18. Cf. argumentação expendida no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7/3/2012, processo 24163/09.0T2SN T.L1-4. Disponível em www.dgsi.pt. Acesso em 10/7/2017.

¹²⁷ MARECOS, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 112-134.

Em relação aos e-mails dos empregados, o empregador poderá acessá-los em certos casos, desde que limite-se a visualizar o endereço dos destinatários, o assunto, a data e a hora do envio. O trabalhador poderá se opor a esse acesso dizendo que determinado conteúdo é de caráter privado. Diante disso, o empregador não poderá consultar esse conteúdo e, se o fizer, será considerado acesso não autorizado. Destarte, “impõe-se ao empregador (e qualquer seu representante) que, tendo consciência da natureza pessoal de uma comunicação, desista da leitura do seu conteúdo e não o divulgue”¹²⁸.

2.1.4.2 A Lei n.º 109/2009 – Lei do Cibercrime

A Lei n.º 109/2009 – Lei do Cibercrime – transpõe para a ordem jurídica interna portuguesa a Decisão Quadro nº 2005/222/JAI, do Conselho da União Europeia, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. Seu artigo 1º estabelece as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha em suporte eletrónico.

Destacam-se para o presente trabalho os artigos 6º e 7º da Lei do Cibercrime. O artigo 6º criminaliza o acesso ilegítimo, isto é, “quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, de qualquer modo aceder a um sistema informática”. A pena aumentará se o acesso for obtido através de violação de regras de segurança, bem como quando, “através do acesso, o agente tiver tomado conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei; ou o benefício ou vantagem patrimonial obtidos forem de valor consideravelmente elevado”.

O artigo 7º, por sua vez, criminaliza a interceptação ilegítima, punindo com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, “quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado [...] interceptar transmissões de dados informáticos [...]”.

¹²⁸ Deliberação nº 1638/2013, p. 20, conforme a argumentação do acórdão do STJ português de 5/7/2007, processo 07S043. Disponível em www.dgsi.pt. Acesso em 10/7/2017.

2.1.4.3 A Lei de Proteção de Dados Pessoais – Decreto de lei nº 67/98

O Decreto de lei nº 67/98 – Lei de Proteção de Dados Pessoais (LPDP) – transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 65/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. O princípio geral, conforme seu artigo 2º, é o de que “o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais”. Esta lei “aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a estes destinados”, consoante o artigo 4º item 1.

A Lei de Proteção de Dados Pessoais traz importantes definições. Um “ficheiro de dados pessoais”, segundo o item ‘c’ do artigo 3º, é “qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessíveis segundo critérios determinados, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico”. Por sua vez, “dados pessoais”, conforme seu artigo 3º,

são qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social.

“Tratamento de dados”, conforme o item ‘b’ do artigo 3º, é conceituado como

qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efetuadas com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registro, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

A definição de “tratamento de dados” é importante, uma vez analisado o artigo 6º da Lei de Proteção de Dados Pessoais, que trata das condições de legitimidade para tratar dados. Diz o artigo referido que o tratamento de dados pessoais só poderá

ser efetuado se o seu titular tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento. Mas há exceções e nelas o consentimento será dispensado: a) se o tratamento for necessário para a formação ou execução de contrato; b) cumprimento de obrigação legal; c) proteção de interesses vitais do titular dos dados caso este esteja incapaz de dar o seu consentimento por qualquer motivo; d) execução de missão de interesse público; e) dar continuidade a interesses legítimos do responsável pelo tratamento, desde que não devam prevalecer os interesses ou direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.

Conforme o artigo 7º da Lei de Proteção de Dados Pessoais, também é proibido o tratamento de dados referentes a convicções filosóficas, políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada, origem racial ou étnica, assim como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos. Todavia há exceções, previstas no item 2 do referido artigo: a) mediante disposição legal ou autorização do CNPD poderá ser permitido o tratamento dos dados pessoais referidos quando por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável; b) quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para esse tratamento, em qualquer caso com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15º da LPDP¹²⁹.

A Seção II da Lei de Proteção de Dados Pessoais traz os direitos do titular dos dados: direito de informação, direito de acesso, direito de oposição do titular dos dados e decisões individuais automatizadas. Vejamos.

O direito de informação do titular dos dados obriga ao responsável pelo tratamento dos dados revelar, quando solicitado, conforme artigo 10º da LPDP: a) sua identidade ou de seu representante; b) as finalidades do tratamento desses dados; c) os destinatários ou categorias de destinatários dos dados; d) o carácter obrigatório ou facultativo da resposta; e) as consequências se não responder; f) a existência e condições do direito de acesso e de retificação.

¹²⁹ Os responsáveis pelo tratamento dos dados devem impedir o acesso de pessoa não autorizada às instalações, garantir que somente pessoas autorizadas acessem os dados que lhes são permitidos (controle de acesso), dentre outras medidas de segurança, conforme art. 15º.

Conforme o artigo 11º da LPDP, o direito de acesso ao titular dos dados é o direito de: a) obter do responsável pelo tratamento, sem restrições e com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos, a confirmação de serem ou não tratados dados que lhe digam respeito; b) a informação sobre as finalidades desse tratamento; c) as categorias de dados sobre que incide; d) os destinatários a quem são comunicados os dados; e) a comunicação sob forma inteligível dos seus dados sujeitos a tratamento; f) o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito; g) a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na Lei de Proteção de Dados Pessoais (no caso de dados incompletos ou inexatos); h) a notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer retificação, apagamento ou bloqueio, salvo se isso for comprovadamente impossível.

O direito de oposição do titular dos dados lhe dá o direito de se opor a qualquer tempo a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, mediante razões ponderadas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, devendo, em caso de oposição justificada, deixar de incidir sobre esses dados o tratamento efetuado pelo responsável. Pode, igualmente, se opor ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de *marketing* direto ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações, em conformidade com o artigo 12º da LPDP.

Na esteira do artigo 13º da LPDP, o direito a decisões individuais automatizadas dá, a qualquer pessoa, o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afete de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento.

No entanto, uma pessoa poderá ficar sujeita a uma decisão quando esta for tomada no âmbito da celebração ou da execução de um contrato, desde que sob a condição de o seu pedido de celebração ou execução do contrato ter sido satisfeito, ou de existirem medidas adequadas que garantam a defesa dos seus interesses legítimos, tais como o seu direito de representação e expressão; sujeitar-se-á à decisão, também, quando a Comissão Nacional de Proteção de Dados o autorize,

definindo medidas de garantia da defesa dos interesses legítimos do titular dos dados¹³⁰.

2.1.4.4 Decreto de Lei nº 122/2000 – Proteção jurídica das bases de dados

O Decreto de Lei nº 122/2000 transpõe para a ordem jurídica interna portuguesa a Directiva nº 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção jurídica das bases de dados. “Base de dados”, conforme o artigo 1º item 2, é a “coletânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e suscetíveis de acesso individual por meios eletrônicos ou outros”.

As bases de dados que constituam criações intelectuais, tendo em vista a seleção ou disposição de seus conteúdos, são protegidas em sede de direito do autor – regras gerais sobre autoria e titularidade vigentes para o direito de autor. A tutela das bases de dados pelo direito de autor não incide sobre o seu conteúdo e não prejudica eventuais direitos que subsistam sobre o mesmo – artigo 4º item 3.

Na linha do artigo 5º item 2 do Decreto de Lei nº 122/2000, presumem-se obras coletivas as bases de dados criadas no âmbito de uma empresa, sendo que os direitos patrimoniais sobre as bases de dados criadas por um empregado no exercício das suas funções, ou segundo instruções emanadas pelo empregador, ou criadas por encomenda, pertencem ao destinatário da base de dados, salvo se o contrário resultar de convenção das partes ou da finalidade do contrato.

O direito sobre a base de dados atribuído ao criador intelectual extingue-se 70 anos após a morte deste e o prazo de proteção da base de dados atribuído originariamente a outras entidades extingue-se 70 anos após a primeira divulgação ao público da mesma – artigo 6º. Em relação ao conteúdo do direito de autor – artigo 7º - o titular de uma base dados criativa goza do direito exclusivo de efetuar ou autorizar a reprodução de toda a base de dados; de efetuar qualquer modificação da

¹³⁰ Artigo 13º da LPDP.

base de dados; de realizar sua distribuição original ou de cópias; ou ainda de qualquer exposição pública dessa base.

2.1.4.5 A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd)

A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) de Portugal “é uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República”, cuja atribuição genérica é “controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais”. Dentre suas atribuições, destacam-se o controle e fiscalização do cumprimento das disposições legais; a emissão de parecer prévio sobre disposições legais; investigar e abrir inquérito, podendo para tal acessar os dados objeto de tratamento ¹³¹.

A CNPD é autoridade nacional de controle de dados pessoais e coopera com as autoridades de controle de proteção de dados de outros Estados, no tocante à defesa e exercício dos direitos de pessoas que residem no estrangeiro. Além das atribuições supracitadas, pode ordenar o bloqueio, exclusão ou destruição dos dados, bem como proibir o tratamento de dados pessoais, de forma temporária ou definitiva. Caso o responsável pelo tratamento dos dados pessoais não cumpra com as disposições legais atinentes à matéria, o CNPD poderá adverti-lo ou censurá-lo publicamente¹³².

Crimes cometidos em relação à violação de dados pessoais podem ser denunciados pelo CNPD ao Ministério Público, podendo o CNPD tomar as medidas cautelares necessárias e urgentes para garantir os meios de provas, e intervir em processos judiciais no caso de violação da Lei de Protecção de Dados¹³³.

Dentre as suas competências em relação aos dados pessoais, destacam-se a emissão de pareceres sobre disposições legais e instrumentos jurídicos nacionais, comunitários e internacionais; autorização ou registro de tratamento; fixar prazos máximos de cumprimento do exercício do direito de acesso em cada setor de

¹³¹ In <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>. Acesso em 21/02/2017 às 17:21 hs.

¹³² In <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>. Acesso em 21/02/2017 às 17:21 hs.

¹³³ In <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>. Acesso em 21/02/2017 às 17:21 hs.

atividade; apreciar queixas de particulares; e assegurar a representação junto de instâncias comuns de controle de proteção de dados pessoais¹³⁴.

As decisões do CNPD têm força obrigatória e são passíveis de reclamação e de recurso para o Tribunal Central Administrativo. No caso de processos de contraordenação¹³⁵, as decisões da CNPD são recorríveis para os tribunais de pequena instância criminal ou para os tribunais judiciais competentes¹³⁶.

2.2 O direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro

2.2.1 O direito à privacidade na Constituição Federal brasileira de 1988

O artigo 5º, inciso X, da CRFB dispõe que

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

O inciso XII do mesmo artigo assevera que:

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

Ainda na esteira dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da CRFB, preconiza o inciso LX que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Cabe lembrar que, conforme o inciso LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios

¹³⁴ In <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>. Acesso em 21/02/2017 às 17:31 hs.

¹³⁵ Específico do ordenamento jurídico português, o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas [penas] e das sanções acessórias, competem às autoridades administrativas, ressalvadas as especialidades previstas no presente diploma. Nos termos do artº 40º da LQCO: 1. A autoridade administrativa competente remeterá o processo ao Ministério Público sempre que considere que a infração constitui crime. 2. Se o agente do Ministério Público considerar que não há lugar para a responsabilidade criminal, devolverá o processo à mesma entidade. In http://www.smmp.pt/?page_id=98. Acesso em 03/08/2017 às 14:24 hs.

¹³⁶ In <https://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>. Acesso em 21/02/2017 às 17:31 hs.

ilícitos”. A importância desse inciso será destacada em capítulo específico quando da análise de alguns julgados.

O Estatuto da Magistratura tem como um de seus princípios constitucionais iluminadores a publicidade de todos os julgamentos realizados, podendo a lei limitar a presença a tais julgamentos somente às partes e advogados “em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, consoante artigo 93, inciso IX, da CRFB.

Os estados de defesa e de sítio, quando decretados, permitem restrições ao direito à privacidade. Conforme o parágrafo 1º, inciso I, alíneas ‘a’ e ‘b’ do art. 136,

o decreto que instituir o estado de defesa determinará [...] as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: [...] b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

O Presidente da República pode, uma vez ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar junto ao Congresso Nacional autorização para decretar estado de sítio no caso de, entre outros, “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”, conforme inciso I do art. 137, da CRFB. Caso decretado sob um desses fundamentos, poderão ser tomadas certas medidas, tais como “restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações [...]”, em consonância ao art. 139, inciso III, da CRFB¹³⁷.

Inspirado na proteção à privacidade, a CRFB vedou ingerências estatais na família, conforme art. 226 e seu parágrafo 7º, *in verbis*:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Por fim, como já explanado, o direito à privacidade é um direito fundamental individual, de modo que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais” – inciso do artigo 60, da CRFB. Tal direito, portanto, é entendido como cláusula pétrea em nosso ordenamento.

¹³⁷ Vale lembrar que, conforme o parágrafo único do referido artigo, “não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa”.

2.2.2 O direito à privacidade no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 (CC02) traz, em seu artigo 21, a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, *in verbis*: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”¹³⁸¹³⁹. Como visto anteriormente, o direito à privacidade compõe os direitos da personalidade, e estes, conforme a legislação civil brasileira, possuem características próprias, tais quais a irrenunciabilidade e intransmissibilidade¹⁴⁰.

O artigo 20 do CC02 aborda o direito à imagem quando da exposição da privacidade:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais¹⁴¹.

O art. 1.513 do CC02 aduz por sua vez que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, na mesma linha do artigo 226 parágrafo 7º, da CRFB. Em relação aquele artigo, Cezar Peluso entende que “tem como corolário o disposto no art. 1º, III, relativo à dignidade da pessoa humana, no art. 5º, X, que se refere à inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, ambos da CF [...]”¹⁴².

¹³⁸ Corolário de regra constitucional (art. 5º, X, da CRFB), é vedada a intromissão de estranhos na vida privada. Trata-se de obrigação de não fazer decorrente de lei e cujo descumprimento pode ser coibido mediante provimento jurisdicional de natureza cominatória. Extensão dessa regra acha-se no art. 1513 do CC, que proíbe ‘interferir na comunhão de vida instituída pela família’. In PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2013, p. 50.

¹³⁹ Art. 206, § 3º, inciso V : Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil.

¹⁴⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹⁴¹ Vide ADI 4815 do STF, cuja decisão de 2012 declarou “inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”. In www.stf.jus.br. Acesso em 11/9/2017.

¹⁴² PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 7 ed. São Paulo: Manole, 2013, p. 1624.

2.2.3 O direito à privacidade no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) trata, em seus artigos 43 e 44, do Banco de Dados e Cadastro de Consumidores, dispondo que os consumidores terão acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo gravados no banco de dados¹⁴³. À primeira vista podemos pensar que manter uma base de dados das pessoas ofenderia o direito à privacidade. Uma análise mais detalhada poderá demonstrar que houve uma ponderação de interesses feitas pelo legislador ao autorizar tal banco, embora haja uma necessidade constante de controle a fim de prevenir ofensas a direitos da personalidade. Vejamos.

Benjamin, Marques e Bessa entendem que “o direito à privacidade e o direito à honra sofrem conformações (restrições) que se legitimam justamente em decorrência de ponderação com outros valores e princípios de gênese constitucional”, neste caso, desenvolvimento da ordem econômica, direito ao crédito e o direito à informação. O crédito seria proveniente do desenvolvimento da ordem econômica fundada na livre iniciativa – arts. 170¹⁴⁴ e 192¹⁴⁵ da CRFB -, a qual permite o desenvolvimento nacional – art. 3º, inciso II¹⁴⁶, da CRFB. Por sua vez, o direito à informação extrai-se por via indireta do art. 5º, inciso XII, da CF, e diretamente pelo inciso XIV¹⁴⁷ do mesmo diploma¹⁴⁸.

¹⁴³ A definição de “banco de dados” é dada pelo art. 2º, inciso I, da Lei 12414/2011: “conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro”. Tal lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito – Lei do Cadastro Positivo. Há embates doutrinários se tal lei não teria invadido indevidamente a esfera da privacidade. Para tanto, vide BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 330 e ss.

¹⁴⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

¹⁴⁵ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram

¹⁴⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional.

¹⁴⁷ Art. 5º [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

¹⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 336.

Em síntese,

foi justamente realizando a ponderação de tais valores – privacidade, honra, informação, crédito – que o legislador infraconstitucional permitiu – traçando seus contornos limitantes – as atividades próprias dos bancos de dados de proteção ao crédito. [...] A observância, em tese, do princípio da proporcionalidade pelo legislador não exclui a tarefa posterior do intérprete, de ponderação de bens e valores. Portanto, o trabalho de interpretação não deve esquecer ou diminuir a relevância dos direitos, valores e princípios que sofreram conformação ou restrição¹⁴⁹.

Então, há certamente necessidade de controle constante em relação a essas bases de dados, de modo a prevenir e repreender eventuais ofensas a direitos da personalidade. As características do direito à privacidade¹⁵⁰, “[...] ao lado do CDC e da Lei do Cadastro Positivo (Lei 12414/2011), servem de parâmetros para limitar as atividades das entidades de proteção ao crédito”¹⁵¹.

A proteção de dados pessoais é a principal faceta do direito à privacidade nos dias atuais. Alguns juristas optam em usar o termo “direito à autodeterminação informativa”, em virtude de uma decisão proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional da Alemanha¹⁵² e, portanto, “a conclusão é no sentido de que [...] o tratamento [...] de informações pessoais de consumidores, embora relevantes, são, potencialmente, ofensivas à privacidade [...]”¹⁵³.

2.2.4 O direito à privacidade no Código Penal brasileiro

¹⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 337.

¹⁵⁰ Características essas já analisadas em capítulo próprio, úteis para controlar o uso desses bancos de dados de consumidores. De certa forma, temos aqui um exemplo de “diálogo das fontes” entre a CRFB, CC02 e CDC.

¹⁵¹ BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 333.

¹⁵² Tal julgado “declarou parcialmente inconstitucional lei que disciplinava o censo populacional, a qual, ao lado da legítima pretensão de realizar quadro estatístico e demográfico, determinava aos cidadãos que respondessem a uma série de perguntas para formação de um banco de dados que seria posteriormente confrontado com outros já existentes em agências federais e estaduais”. In BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 334.

¹⁵³ Desdobramentos desse tratamento são o direito ao acesso, o direito à retificação e o direito à comunicação dos dados presentes nessas bases de dados de proteção ao crédito. In BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 334.

A Seção IV do Código Penal (CP) brasileiro traz os crimes contra a inviolabilidade dos segredos e suas diferentes graduações de penas, isto é, de reprovabilidade social. Preconiza o artigo 153: “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem”; o parágrafo 10-A traz outro tipo: “divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública”.

O crime de violação profissional, previsto no art. 154, é o seguinte: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”. Médicos, terapeutas ou advogados que revelem segredo obtido em razão de suas funções, por exemplo, poderão ser criminalizados.

Violar indevidamente mecanismo de segurança – “quebrar” uma senha, por exemplo” -, a fim de obter dados sem autorização do titular do dispositivo sofre a mais alta repressão social, configurada em reprovabilidade penal da conduta. Trata-se do crime de invasão de dispositivo informático, previsto no art. 154-A:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita

Os parágrafos do art. 154-A são também importantes. Aduz o parágrafo 1º: “Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput”. Um empregador, por exemplo, que ofereça ou difunda programas de computador a um empregado com a intenção de permitir que outra pessoa obtenha seus dados pessoais sem a autorização deles – isto é, “invada” o dispositivo - incorrerá na mesma pena.

Os parágrafos 3º e 4º do art. 154-A informam que “se da invasão resultar a obtenção de *conteúdo de comunicações eletrônicas privadas*, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido”, caberá pena de reclusão de 6 meses a 2 anos, e multa, e que “na hipótese do § 3º [transcrito acima], aumenta-se a pena de um a dois

terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos”. Portanto, o conteúdo privado das comunicações eletrônicas está penalmente protegido no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 325 do CP trata da violação de sigilo funcional: “Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação”. O art. 326, por sua vez: “Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”; e o art. 311-A: “Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de I - concurso público; II - avaliação ou exame públicos; III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou IV - exame ou processo seletivo previstos em lei”. Seja na esfera privada, seja na esfera pública, violar o sigilo da profissão poderá ensejar punição criminal.

2.2.5 O direito à privacidade e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)

Uma clara preocupação com a intimidade das mulheres está exposta no art. 373-A da CLT, incluído pela Lei 9799/99. Dispõe tal artigo:

Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; VI - proceder o empregador ou preposto a *revistas íntimas* nas empregadas ou funcionárias.

O art. 483 do referido diploma possibilita a rescisão do contrato de emprego por parte do empregado, sem prejuízo de indenização, quando correr perigo manifesto de mal considerável; não cumprir o empregador as obrigações do contrato; praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; dentre outros. Assim, eventual ofensa à intimidade ou privacidade do empregado poderá ser considerada como lesiva à sua honra ou boa fama, ou até

mesmo descumprimento contratual dos deveres de boa-fé¹⁵⁴ (anexos) por parte do empregador.

A Lei nº 13.467, publicada em 13 de julho de 2017¹⁵⁵, altera a CLT a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Para o presente trabalho, destacam-se os artigos 223-C e 223-D. O primeiro afirma que a intimidade é um bem juridicamente tutelado inerente à pessoa física; o segundo, por sua vez, aduz que o sigilo da correspondência é bem juridicamente tutelado inerente à pessoa jurídica¹⁵⁶. Eventuais ofensas a qualquer destes bens poderá ensejar reparação por dano moral, consoante artigo 223-A.

2.2.6 O direito à privacidade e o Marco Civil da Internet (Lei12965/14)

A Lei 12965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, traz, em seu artigo 3º, alguns princípios sobre o uso da internet no Brasil, dentre eles a proteção da privacidade e dos dados pessoais. Conforme Damásio de Jesus,

Ao proteger a privacidade, o Marco Civil põe a salvo toda e qualquer informação textual ou audiovisual que seja considerada privada. Além de proteger a privacidade em geral, o Marco Civil dá ênfase à proteção dos dados pessoais, informações que podem identificar uma pessoa e que comumente são utilizadas ou requeridas pelos provedores de acesso à internet ou provedores de serviços no Brasil. Até hoje, não se dispunha de uma legislação que protegesse o cidadão em face da violação de sua privacidade ou dados pessoais. Com o Marco Civil, empresas ou prestadores poderão ser responsabilizados. Destaca-se que a proteção aos dados pessoais poderá ser regulamentada por lei, que, entendemos, pode ser o

¹⁵⁴ Vimos no capítulo 1, nas doutrinas de Teresa Coelho, Chintia de Oliveira e Leandro Dorneles, que a boa-fé deve nortear as relações trabalhistas, e que certos deveres, embora não explícitos no contrato de trabalho, deverão ser, a partir dela, observados. Entendemos que, em tese, seria cabível interpretar essa proteção como um dever anexo de boa-fé, extração do art. 8º da CLT. Por outro lado, o respeito à privacidade impõe-se constitucionalmente, seja por meio da hierarquia normativa, seja por meio da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, este última adotamos para fins deste trabalho. O novo artigo 223-C da CLT trouxe a proteção à intimidade do empregado. Mas, em que pese haver uma “saída” jurídica por um ou outro lado, ressalte-se entendemos que há prejuízo em termos de segurança jurídica em não haver escritos legais expressos na CLT em relação à proteção ao sigilo da correspondência do empregado. Neste sentido, há uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao ordenamento jurídico português.

¹⁵⁵ Entrará em vigor decorridos 120 após sua publicação. Ressalte-se que a numeração dos artigos poderá ser alterada até lá.

¹⁵⁶ A tutela expressa à intimidade do empregado vem ao encontro de nosso entendimento neste trabalho. Entendemos, no entanto, que, propositadamente ou não, houve grave lacuna legislativa ao tutelar-se o sigilo da correspondência somente da pessoa jurídica, deixando de fora dessa proteção o empregado.

Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais¹⁵⁷, em fase de consulta pública no Brasil¹⁵⁸.

Deve-se interpretar o Marco Civil tendo em vista os princípios acima elencados, além dos fundamentos e objetivos previstos e a natureza da internet, inclusive os usos e costumes particulares. Todavia, “não se poderá permitir que provedores aleguem usos e costumes para relativizar suas responsabilidades trazidas com esta nova legislação, como o estrito respeito à privacidade dos cidadãos”¹⁵⁹.

O art. 7º aduz que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados vários direitos, tais quais: a) inviolabilidade da intimidade e da vida privada; b) sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; c) inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; d) inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. Sobre isso, Damásio de Jesus afirma que

Embora a proteção à intimidade e à vida privada esteja prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. X, o Marco é a *primeira lei infraconstitucional que regulamenta o tema* e bem esclarece ser cabível indenização por dano moral ou material¹⁶⁰ decorrente de violações à intimidade e vida privada no âmbito da internet¹⁶¹.

Mas nem sempre a quebra do sigilo deverá se dar necessariamente por ordem judicial. Há exceções. Conforme o parágrafo 3º do art. 10, certos dados cadastrais dos

¹⁵⁷ Trata-se do PL 5276/2016, na presente data (15/08/17) ainda em fase de tramitação no Congresso Nacional.

¹⁵⁸ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22.

¹⁵⁹ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29.

¹⁶⁰ Como vimos, o novo artigo 223-C da CLT prevê, para eventual violação da intimidade da pessoa física, somente reparação por dano extrapatrimonial (moral), consoante art. 223-A, olvidando eventuais danos materiais.

¹⁶¹ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

usuários poderão ser acessados por autoridades administrativas¹⁶² – e não apenas pelo juiz -, tais como qualificação pessoal, endereço e filiação¹⁶³.

As comunicações digitais são sigilosas e invioláveis, somente podendo ser reveladas por ordem do juiz. Há, conforme Damásio de Jesus, uma lacuna no Marco Civil quanto ao dever ou não de os provedores de aplicações coletar/armazenar as comunicações que ocorrem em seus serviços. Refere a lei tão somente a “registros de acesso a aplicações” e não de conteúdo propriamente dito¹⁶⁴.

É que, como vimos, o art. 7º aduz que somente ordem judicial poderia quebrar o sigilo das comunicações, pressupondo haver, portanto, registro prévio dessas comunicações armazenado. Daí surge o problema: deveriam os provedores manter tais conteúdos armazenados, a fim de que eventualmente, por ordem judicial, pudessem ser acessados? Damásio de Jesus entende que não: deve haver também ordem judicial para determinar essa guarda de conteúdo¹⁶⁵.

Os incisos do art. 7º trazem direitos envolvendo a proteção da privacidade e de dados pessoais dos usuários. Os provedores devem manter em seus contratos informações claras sobre a forma de tratamento desses dados; estão proibidos de fornecer tais dados a terceiros, salvo consentimento expresso; dentre outros. Vale a lição de Damásio de Jesus:

¹⁶² Nessa linha dispõe o art. 17-B, da Lei 9613/98, que trata de crimes de lavagem de bens: “A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito”. Ainda, o art. 15 da Lei 12850/13, que trata das organizações criminosas: “O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”.

¹⁶³ Para parte da doutrina especializada sobre o tema, o Marco Civil teve falha grave, em não especificar (detalhar) o que é dado pessoal (cadastral) e sua diferença em relação a dado ou registro de conexão, em relação ao assinante. Analisando-se o Marco Civil, percebe-se que, para obtenção dos dados de conexão ou de acesso a aplicações (que incluem o endereço IP), exige-se ordem judicial. Já de posse do IP, com base no § 3 do art. 10, as autoridades administrativas (p. ex., Polícia, Ministério Público, CADE, Anatei, CGU, Receita Federal, Abin, dentre outras) poderiam requerer os dados cadastrais associados, em tese, sem ordem judicial. Uma falha no Marco Civil da Internet”. O autor finaliza: “Releva notar que dados de conexão ou de acesso a aplicações (com o fornecimento de IPs) não identificam, em um primeiro momento, um usuário. Já, por sua vez, os dados cadastrais qualificam e identificam o usuário.” In JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 48 – 49.

¹⁶⁴ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 33 – 34.

¹⁶⁵ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 33 - 34.

Embora estabeleça direitos no art. 7º, o Marco Civil não estabelece “como exercer estes direitos” caso as violações elencadas sejam constatadas no dia a dia. Em verdade, não temos uma autoridade fiscalizadora para denúncias no Brasil¹⁶⁶.

O art. 8º, inciso I afirma que a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet, e que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que, dentre outras, impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas pela internet.

O art. 9º, parágrafo 3º veda aos provedores de conexão à internet bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados na transmissão, comutação ou roteamento, seja tal conexão onerosa, seja gratuita. Vale dizer: os provedores não têm o direito de conhecer o conteúdo das mensagens trafegadas, tais como páginas acessadas, vídeos, *downloads*, etc. garantindo-se, assim, o sigilo das comunicações virtuais¹⁶⁷.

2.2.7 Lei 9.296/96 - Interceptação de comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática

A Lei 9296/96 regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Em seu art. 1º, afirma que

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

E, em seu parágrafo único, que “o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

O art. 2º, por sua vez, aduz que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não

¹⁶⁶ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37. Em Portugal, como vimos, há o Conselho Nacional de Protecção de Dados (CNPd), autoridade administrativa com competência para tanto. Advogaremos neste trabalho também a necessidade de haver semelhante autoridade no Brasil.

¹⁶⁷ Vale lembrar que o Decreto 8771/16 regulamenta a Lei no 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e, dentre outras coisas, indica procedimentos para guarda e protecção de dados por provedores de conexão e de aplicações.

houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. A *contrario sensu* pode-se concluir que, para haver interceptação das comunicações, faz-se *necessário* ter presentes três requisitos: indícios de autoria ou participação em infração penal; impossibilidade de obter a prova por outros meios; e a infração penal deve ser punível com pena de reclusão¹⁶⁸.

Tanto o Delegado de Polícia quanto o Ministério Público podem requerer ao juiz a interceptação das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal. O próprio juiz pode fazê-lo de ofício, respeitados sempre os requisitos supracitados. Inteligência do art. 3º.

Para poder se opor à validade da interceptação decretada, o art. 5º exige que a decisão seja fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

O sigilo das diligências, gravações e transcrições do conteúdo interceptado é garantido pelo art. 8º, bem como correrão todas elas em autos apartados do processo principal, a fim de possibilitar ampla defesa e contraditório específicos.

Não é todo conteúdo que poderá ser utilizado para fins de investigação criminal. Diz o art. 9º e seu parágrafo único que a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão do juiz, assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

E mais. Conforme o art. 10, constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, punível com a pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Somente o juiz, portanto, tem o

¹⁶⁸ Note-se o rigor da lei, ao exigir a presença desses três requisitos. Não é por acaso: advogamos neste trabalho que a proteção à privacidade e intimidade, direitos fundamentais constitucionais, são a regra; a exceção fica por conta de investigações criminais, cujas punições são de maior reprovabilidade social. Ora, se somente haverá restrição ao direito à privacidade preenchidos rigorosos requisitos e para fins especificamente de investigação criminal, *maior* ainda deverá ser o rigor para que o empregador possa interceptar as comunicações de seu empregado, já que o bem juridicamente protegido no direito penal geralmente é de interesse público, sobrepondo-se ao interesse privado ou direito de propriedade do empregador.

poder de decretar a interceptação de comunicações telefônicas ou informáticas¹⁶⁹.

2.3 Conclusões parciais

Comparemos de forma breve e literal algumas disposições constitucionais brasileiras e portuguesas.

A CRFB expressa diretamente a inviolabilidade à intimidade e à vida privada; já a inviolabilidade de que trata a CRP é quanto ao domicílio, correspondência e outros meios, ou seja, mais específica neste quesito em relação à Carta brasileira. Contudo a CRFB assegura expressamente o direito à indenização por dano moral ou material decorrente dessa violação, diferentemente da CRP, em que não há essa previsão.

A CRFB não admite no processo provas obtidas por meios ilícitos; por sua vez, a CRP aduz especificamente que as provas obtidas por meio de abusiva intromissão na vida privada, telecomunicações, domicílio e correspondências padecem de nulidade, sendo também neste quesito mais específica em relação à nossa CRFB.

Há na CRP a proibição de ingerência de autoridade pública nas correspondências, telecomunicações e outros meios de comunicação, salvo se o contrário dispuser lei processual criminal. Na CRFB, por sua vez, somente há previsão equivalente quanto à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. A CRP é mais específica novamente no quesito proteção à privacidade, em relação à CRFB.

A CRP prevê expressamente a proibição do tratamento informatizado de dados sobre a vida privada do indivíduo, salvo se houver seu consentimento expreso, autorização legal ou se for para realizar estatística não individualizável. A CRFB não prevê dispositivo semelhante.

Ressalte-se que, em relação a eventuais restrições ao direito à privacidade, e direitos fundamentais de modo geral, a CRP afirma peremptoriamente que a leis restritivas de direitos não poderão reduzir o alcance do conteúdo essencial de

¹⁶⁹ Imagine-se o seguinte exemplo: empregador disponibiliza programa de computador a seus colaboradores, que, além das tarefas pertinentes à execução regular de suas atividades, controla e monitora o conteúdo de suas comunicações instantâneas virtuais entre colegas ou familiares, sem qualquer ciência prévia dada. Pensamos que este caso configuraria em tese o crime previsto neste lei, pois somente o juiz poderia ter decretado tal medida, em observância aos requisitos legais.

preceitos constitucionais. Já expusemos que a CRFB traz a proibição de emenda “tendente a abolir”, o que induziria somente de forma indireta a uma interpretação semelhante extraível do enunciado expresso da CRP. Vejamos.

Como vimos, as teorias interna e externa tentam dar contornos aos limites a eventuais restrições de direitos fundamentais. A CRP enuncia que eventuais restrições a direitos fundamentais constitucionais somente poderão ser realizadas se limitadas ao necessário para salvaguardar outro direito protegido pela CRP. Vale dizer: só se poderá restringir casos expressamente autorizados e previstos na própria CRP. Parece-nos, portanto, haver nela a adoção expressa da teoria externa.

Portugal tem uma autoridade administrativa, o CNPD, com atribuições específicas quanto à proteção de dados, emitindo pareceres e relatórios, dentre outras atribuições. No Brasil não há autoridade semelhante, o que provavelmente acarreta em uma maior judicialização de questões que poderiam ser enfrentadas (e resolvidas) em etapa administrativa anterior.

O Código Penal brasileiro prevê mais crimes relacionados diretamente com a violação da privacidade do que o Código Penal português. Por outro lado, o Código do Trabalho português traz maior detalhamento sobre a proteção à vida privada, inclusive abrangendo as tecnologias de informação, no ambiente laboral, quando comparado à CLT brasileira¹⁷⁰.

A importância dessa comparação é crucial ao presente trabalho: a CLT brasileira foi elaborada em uma época em que não havia a problemática envolvendo privacidade e tecnologias atuais¹⁷¹. Já o CT português é de 2009, bastante recente portanto, e traz regulações mais condizentes com o ritmo da sociedade atual no que tange às tecnologias, informática e comunicações eletrônicas¹⁷².

¹⁷⁰ A Reforma Trabalhista (Lei nº 13467/17) infelizmente não resguardou o sigilo da correspondência à pessoa física, apenas à pessoa jurídica, consoante o novo artigo 223-D.

¹⁷¹ A Reforma Trabalhista (Lei nº 13467/17) é silente a respeito da privacidade e novas tecnologias no ambiente laboral, em que pese ter alterado as regras referentes ao teletrabalho em seus arts. 75-A e ss.

¹⁷² Lembrando que o novo artigo 223-C da CLT, trazido pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13467/17), traz expressamente a proteção à intimidade da pessoa física. Entendemos haver uma imprecisão terminológica: “intimidade” é conceito mais restrito que “privacidade”, como vimos em capítulo específico. Inobstante, entendemos essa imprecisão não poderá resultar em interpretação no sentido de menor proteção à vida privada do empregado e empregador pessoa física.

3 A PRIVACIDADE E OS MENSAGEIROS INSTANTÂNEOS NO AMBIENTE LABORAL

3.1 O empregado na relação laboral: do enquadramento legal clássico até a análise das dimensões subordinativas

Consoante o art. 3º da CLT, empregado é “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Desse artigo extrai-se os pressupostos jurídicos para caracterizar o empregado: a) “pessoa física”; b) não eventualidade; c) alteridade; d) salário ou onerosidade; e) subordinação jurídica. Vejamos mais detalhadamente cada uma dessas características.

Em relação à exigência legal “pessoa física”, temos que *a contrario sensu* o empregado não pode ser pessoa jurídica, pois a prestação de serviço deve ser direta¹⁷³, o que evidencia o caráter da pessoalidade da relação empregatícia¹⁷⁴. O pressuposto da pessoalidade “exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com a aquiescência do empregador”¹⁷⁵. Delgado sustenta que

Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural¹⁷⁶.

Em relação ao pressuposto da não eventualidade, o trabalho prestado deve ter caráter permanente em vez de esporádico. A permanência pode ser, inclusive, por um

¹⁷³ “[...][Direta], ou seja, desprendimento de energia humana [...]”. In OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 62.

¹⁷⁴ Maurício Delgado distingue a pessoalidade do requisito “pessoa física”: a pessoalidade traz relação com a infungibilidade ou caráter *intuitu personae* do empregado. In DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 208.

¹⁷⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 174. Cabe a lição, aqui, de Plá Rodríguez: “*esto significa que el empleador tiene siempre en cuenta la persona del trabajador para celebrar el contrato de trabajo [...]*”. In RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación del Cultura Universitaria, p. 236.

¹⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 208.

curto espaço de tempo, pois interessa, nesse caso, que o trabalhador esteja inserido na dinâmica normal da empresa¹⁷⁷.

Em relação à prestação de serviços a empregador, a ideia é a de que o empregado cria valor para outrem e não para si mesmo – alteridade -, embora deva receber em troca uma contraprestação¹⁷⁸. Esta modalidade de trabalho empregatícia exige, para restar configurada, que o empregado preste serviços por conta alheia sem assunção de qualquer risco, podendo participar dos lucros da empresa, mas nunca dos prejuízos¹⁷⁹.

O salário, requisito legal presente no artigo supra, pode ser estudado sob a ótica da onerosidade¹⁸⁰. Conforme Nascimento, “onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego”. Ao trabalhar para outrem, o empregado cede por antecipação o produto de seu esforço ao empregador, em troca de uma remuneração. Não há falar, portanto, em relação de emprego sem salário¹⁸¹.

A subordinação é o mais forte pressuposto a estar presente para se configurar a relação de emprego. Conforme Carvalho, “embora não baste para identificar a relação de emprego, inexistente esta sem que o poder de dominação, inerente à sociedade capitalista, atomize-se no vínculo entre o trabalhador e o credor da sua prestação de trabalho”¹⁸². Importante destacar: a subordinação como pressuposto não

¹⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, pp. 284 - 288. Segundo o autor, há basicamente quatro teorias que explicam o que seria “não eventualidade”. Para fins deste trabalho, entendemos que a eventualidade não traduz intermitência. Desse modo, “se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade”. Parece ser essa a lógica adotada pela CLT.

¹⁷⁸ A contraprestação – remuneração ou salário – é garantida a fim de que o empregador não enriqueça sem justa causa, consoante o princípio geral de vedação de enriquecimento ilícito. In OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 62.

¹⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91.

¹⁸⁰ Para Delgado, a onerosidade deve ser enfrentada nos planos objetivo e subjetivo. No plano objetivo, um complexo salarial, cujos componentes têm a mesma natureza jurídica, é pago ao trabalhador, de modo que o “salário” referido na CLT seria o elemento fático-jurídico da onerosidade. No plano subjetivo, a onerosidade se manifesta pela “intenção econômica” do tomador de serviços, isto é, se a relação tem intuito contraprestativo ou não. In DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 309.

¹⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 650.

¹⁸² CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011, p. 120.

diz com a pessoa mesma do trabalhador, mas sim com a prestação laboral¹⁸³. A subordinação (jurídica) liga-se com o poder patronal¹⁸⁴: um não existe sem o outro¹⁸⁵.

Teresa Coelho entende haver dois tipos de subordinação: a técnico-funcional e a socioeconômica¹⁸⁶. A subordinação técnico-funcional tem como característica a “implicação da pessoa do trabalhador na relação de trabalho”. Por sua vez, a subordinação socioeconômica é expressada na exclusão do trabalhador da propriedade dos meios de produção e na gestão dos processos produtivos¹⁸⁷.

Maurício Delgado traz outras dimensões para a subordinação, a saber: a) dimensão clássica (tradicional); b) dimensão objetiva; c) dimensão estrutural. Todas se complementam com harmonia. Vejamos cada uma delas¹⁸⁸.

A dimensão clássica deriva do próprio contrato de trabalho e diz respeito ao acolhimento de ordens e instruções emanadas pelo empregador em seu exercício do poder de direção¹⁸⁹.

A dimensão objetiva da subordinação é a que leva em conta o quão integrado está o trabalhador na empresa. Vale dizer: o quanto o empregado acata instruções e

¹⁸³ Não pode deixar de atender-se que há uma profunda implicação da pessoa do trabalhador na relação de trabalho, contrariamente ao empregador. In MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 348, nota de rodapé 1234.

¹⁸⁴ Empregador aparece, nesse contexto, como aquele que dá a oportunidade de trabalho, podendo ser pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado – condomínio, massa falida, espólio etc. Como leciona Martinez, “em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução das tarefas de que será destinatário”. Em síntese, conforme Martinez, é possível definir empregador como “pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (este excepcionalmente autorizado a contratar) concedente da oportunidade de trabalho, que, assumindo os riscos da atividade (econômica ou não econômica) desenvolvida, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços de outro sujeito, o empregado”. In MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173. Vimos em capítulo específico que o empregador detém o poder patronal e seus desdobramentos, entre eles um novo poder de fiscalização eletrônica, sugerido por Teresa Moreira.

¹⁸⁵ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011, p. 120.

¹⁸⁶ A autora chega a afirmar que “todo o Direito do Trabalho é um sistema de progressiva contenção do poder do empregador”, ou seja, progressiva atualização dos limites da subordinação obreira na relação. In MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 346.

¹⁸⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 348. Na mesma página, a autora admite todavia que a ideia central hoje do Direito do Trabalho já não é mais o “trabalho obediente”, mas sim o “trabalho dependente” – dependência essa econômica, organizacional e funcional.

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, pp. 313 – 314.

¹⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, pp. 313 – 314.

executa tarefas relacionadas aos objetivos da empresa. A vinculação, nesse caso, se dá juridicamente, pois o poder empresarial exercido é jurídico¹⁹⁰.

Por fim, a dimensão estrutural da subordinação não tem a ver necessariamente com o acatamento de ordens diretas, nem com os fins da empresa: “o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços”¹⁹¹. Entendemos que o novo poder de fiscalização eletrônica baseia-se nesta dimensão.

3.2 As (novas) tecnologias de comunicação e o ambiente laboral

3.2.1 Da não neutralidade das tecnologias introduzidas no ambiente laboral

De modo genérico, tecnologia pode ser definida como

atividade socialmente organizada, baseada em planos e de caráter essencialmente prático. Compreende, portanto, conjuntos de conhecimentos e informações utilizados na produção de bens e serviços, provenientes de fontes diversas, como descobertas científicas e invenções, obtidas por meio de distintos métodos, a partir de objetivos definidos e com finalidade prática¹⁹².

Na sociedade capitalista, tecnologia caracteriza-se por ser um tipo específico de conhecimento, com características que o fazem dar ritmo à sua valorização, uma vez aplicado ao capital. As mudanças que marcaram o declínio do feudalismo – desenvolvimento comercial, a urbanização e o progressivo abandono da lei divina - tornaram possível o surgimento da ciência e a técnica modernas¹⁹³.

¹⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, pp. 313 – 314.

¹⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, pp. 313 – 314.

¹⁹² CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (orgs.). *Dicionário de Trabalho e Tecnologia*. 2 ed. Porto Alegre: Zouk, 2011, pp. 391 – 392. Concluem os autores que, modernamente, a tecnologia é um meio pelo qual se transforma um saber científico em técnica, e assim sucessivamente, gerando novas tecnologias.

¹⁹³ CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (orgs.). *Dicionário de Trabalho e Tecnologia*. 2 ed. Porto Alegre: Zouk, 2011, pp. 391 – 392.

Em relação às novas tecnologias, para o presente trabalho importa destacar que

Os programas de comunicação por meios informáticos podem ser enquadrados como espécie de novas tecnologias informáticas. O registro, processamento e a transmissão de dados, voz e imagem fazem parte de nosso cotidiano, seja por meio de comunicações virtuais pela Internet ou via redes sociais, seja por meio de mensagens instantâneas ou diferidas no tempo trocadas via e-mail ou *whatsapp*, entre outros¹⁹⁴.

O termo “novas” pode nos induzir a crer constantemente que a última tecnologia é a melhor de toda história humana. No entanto,

se olharmos de forma mais meticulosa e crítica aquilo que nos é mostrado aparentemente como um inevitável processo de desenvolvimento tecnológico, reconhecemos que não é em absoluto um feito automático, mas **político**¹⁹⁵, algo que as pessoas planejam e lutam para acontecer”¹⁹⁶. (grifo nosso).

Explicamos. A escolha pelo uso ou não de certa tecnologia não é estritamente técnica: acompanha sempre uma vontade política. Conforme David Noble,

trata-se de uma seleção política realizada por alguns poucos poderosos que buscam reter e ampliar seu controle social, em conveniência com os técnicos que perseguiram a perfeição num mundo de idiotas¹⁹⁷.

Neste trabalho, optamos pelo ceticismo em relação a uma suposta neutralidade quando da introdução de ferramentas tecnológicas para uso dos empregados no ambiente laboral. Evidentemente, não negamos que muitas delas são necessárias para o livre desenvolvimento empresarial e pela busca de competitividade das empresas em um mercado cada vez mais acirrado.

¹⁹⁴ CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (orgs.). *Dicionário de Trabalho e Tecnologia*. 2 ed. Porto Alegre: Zouk, 2011, p. 395. Assim, enquadramos os comunicadores instantâneos, objeto de estudo deste trabalho, como pertencentes às “novas tecnologias”.

¹⁹⁵ Existe uma guerra, mas só um dos lados está armado: esta é a essência da questão da tecnologia hoje. In NOBLE, David. *Uma visão diferente del progresso – Em defesa del luddismo*. Barcelona: Alikornio, 2000, pg. 62. Ou ainda, “[...] o senso comum não percebe a natureza sociopolítica da construção da tecnologia”. In NOVAES, Henrique Tahan. *O fetiche da tecnologia: a experiência das fábricas recuperadas*. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 66.

¹⁹⁶ NOVAES, Henrique Tahan. *O fetiche da tecnologia: a experiência das fábricas recuperadas*. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 61.

¹⁹⁷ NOBLE, David. *A loucura da automatização*. Barcelona: Alikornio 2001, p. 33.

Todavia, as novas tecnologias – *rectius*: mensageiros instantâneos – trazem por si só um potencial enorme de controle ao empregador sobre seus colaboradores, motivo pelo qual, dentre outros, levou Teresa Coelho a cunhar a nova expressão “poder de controle eletrônico” patronal, como vimos neste trabalho. Tal motivo também nos impulsiona, no presente trabalho, a combater qualquer ingerência ou invasão indevida à privacidade dos trabalhadores por estas ferramentas¹⁹⁸.

Na mesma linha, István Meszaros entende que

este postulado da neutralidade material/instrumental [da tecnologia] é tão sensato quanto a ideia de que o hardware de um computador pode funcionar sem o software. E até mesmo quando se chega a ter a ilusão de que isto poderia ser feito, já que o ‘sistema operacional’ etc. não precisa ser carregado separadamente de um disquete ou disco rígido, o software relevante já estava gravado no hardware. Por isso, nenhum *software* pode ser considerado ‘neutro’ (ou indiferente) aos propósitos para os quais foi inventado¹⁹⁹.

Em que pese os benefícios trazidos, os *chats* utilizados em ambiente laboral podem servir para invadir a privacidade de seus usuários, tanto pelo detentor dos meios de produção – empregador -, quanto por seus prepostos ou responsáveis pela gestão de tais sistemas informáticos²⁰⁰. E não é somente em âmbito laboral:

A tecnologia é uma das maiores fontes de poder nas sociedades modernas. Quando as decisões que afetam nosso dia-a-dia são discutidas, a democracia política é inteiramente obscurecida pelo enorme poder exercido pelos senhores dos sistemas técnicos (...). Eles possuem muito mais controle sobre

¹⁹⁸ Não é sem motivo que propomos, para este trabalho, uma análise, na medida do possível, da doutrina e legislação portuguesas: estão mais avançadas em matéria de privacidade e novas tecnologias em relação à legislação brasileira, muito embora as empresas e órgãos públicos brasileiros utilizem amplamente os *messengers*. Nesse sentido e em comparação a Portugal estamos juridicamente desprotegidos.

¹⁹⁹ MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. Campinas: Boitempo Editorial/Editora da Unicamp, 2002, p. 865. Embora aparentemente complexa, a analogia é fácil: para escrevermos esse trabalho necessariamente precisamos de um *software* aplicativo categorizado como editor de textos, o qual, por sua vez, deve necessariamente rodar em um *software* básico chamado sistema operacional. Este último é o que “conversa” com o *hardware* computacional, dando a ele “vida”. Um *hardware* sem software é inútil. Um *software* sem *hardware* é inviável, logo todo *software* é criado para alguma finalidade específica e vinculada. O *messenger* não é neutro: possibilita a comunicação instantânea entre os colaboradores e um maior controle empresarial sobre todos, de modo que - assim entendemos - o efeito negativo (controle) não se compensa com o efeito positivo (comunicação instantânea). Pensar diferente seria logicamente falacioso e iria de encontro aos princípios basilares do Direito do Trabalho.

²⁰⁰ A ressalva é importante. Quando defendemos a proteção à privacidade do trabalhador em ambiente laboral contra quaisquer ingerências indevidas por parte do empregador, com mais razão a defendemos contra a intromissão de qualquer outra pessoa, tais como clientes, prestadores de serviço e outros funcionários, mormente aqueles em que recai a responsabilidade pela administração de sistemas de informática e de banco de dados. Aliás, por terem maior conhecimento técnico, estes últimos podem ser mais responsabilizados.

(...) nossa experiência como empregados, pacientes e consumidores do que o conjunto de todas as instituições governamentais da sociedade²⁰¹.

3.2.2 Mensageiros instantâneos ou *messengers*

Neste trabalho, preocupamo-nos com a proteção da privacidade em uma tecnologia específica amplamente utilizada no ambiente laboral atualmente: os mensageiros instantâneos (*messengers*). O *messenger* é uma das espécies de comunicações unificadas²⁰², isto é, um *software* aplicativo que dá funcionalidade ao *hardware*²⁰³.

Como vimos, o telefone é basicamente uma conversa à distância, em tempo real, transmitida por meio analógico. O *messenger* adota também a característica de ser uma conversação em tempo real, embora seja transmitido por meio digital, bem como não se limita apenas à transmissão de voz: permite o envio de textos, vídeos e toda sorte de arquivos.

Uma carta escrita à mão, geralmente em papel e cujo envio pode se dar pelo correio, tem sempre ao menos um remetente e um destinatário, salvo cartas anônimas. Por ser escrita (e não falada), é silenciosa. O *messenger* é tecnologia que se opera em meio virtual, silencioso quando por ele a comunicação faz-se por escrito²⁰⁴, não olvidando já ser possível o envio de áudio, vídeo e vários outros tipos

²⁰¹ FEENBERG, Andrew (*O que é a filosofia da tecnologia*) apud NEDER, Ricardo. *A teoria crítica de Andrew Feenberg*. Brasília: Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina/Cds/Unb/Capes, 2010, p. 69.

²⁰² As comunicações unificadas são aquelas em que há uma integração de todos os meios e dispositivos de comunicação, o que possibilita aos usuários uma comunicação em tempo real em qualquer lugar e com qualquer pessoa. In MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 138.

²⁰³ SANTOS, André Alencar. *Informática descomplicada*. 5 ed. Brasília: Gran Cursos, 2010, pp. 29 – 30 e 726. O *Windows Messenger* é um exemplo de comunicador instantâneo da *Microsoft*. Ainda, para o autor, “as mensagens instantâneas são utilizadas através de programas específicos que criam listas dos utilizadores (amigos) para que se possa trocar mensagens com estes”.

²⁰⁴ Sabe-se que a tecnologia atual já permite o envio de vídeos, sons e outros formatos de arquivos diferentes de texto por meio desses comunicadores instantâneos. Vide, por exemplo, os aplicativos *whatsapp*, *MSN*, *Yahoo Messenger*, *Google Talk*, *Facebook messenger*, *Pandion*, *Psi* e tantos outros.

de documentos. Além disso, permite a configuração de mecanismos de segurança, como *login* e senha de acesso, no computador ou em *tablets*, *smartphones*, etc.

Em relação aos e-mails, o *messenger* apresenta semelhanças, mas se difere pela instantaneidade com que as mensagens chegam e retornam ao remetente. Os e-mails, em regra, são recebidos mesmo sem a pessoa estar conectada para recebê-los, ficando na caixa postal do usuário. Por sua vez, as mensagens instantâneas são perdidas após a finalização da sessão de conversa, exceto se guardadas no histórico de conversação²⁰⁵.

Conforme André Santos,

outra grande vantagem dos comunicadores instantâneos é que eles avisam ao usuário quando um contato fica *online*. Atualmente os comunicadores também permitem o envio de mensagens instantâneas *offline* (funcionando de forma muito semelhante ao e-mail) que ficarão armazenadas até que o usuário destinatário se conecte e receba. Também são muito versáteis no que se refere à diversidade de material que pode ser trocado, pois permitem o envio de figuras ou imagens animadas, conversação em áudio - utilizando as caixas de som e microfone do sistema, além de video conferência (webcam). Exemplos de programas de mensagens instantâneas: *MSNMessenger*, *Windows Live Messenger*, *ICQ*, *ComVC* e o *AOL Instant Messenger*²⁰⁶.

Em que pese haver diferenças entre tais tecnologias, “dúvidas inexistem de que este programa [*messenger*] integra um dispositivo de comunicação, cujo conteúdo informativo é idêntico ao de uma conversa telefônica, uma carta, etc”²⁰⁷. Assim, entendemos que as mensagens trocadas via *messenger* se enquadram não apenas

²⁰⁵ SANTOS, André Alencar. *Informática descomplicada*. 5 ed. Brasília: Gran Cursos, 2010, p. 726. Quanto ao histórico local, entendemos que essa não é a única exceção. As mensagens trocadas nesses comunicadores podem ficar armazenadas, criptografadas ou não, em um servidor central, operado por técnicos especialistas em tecnologia e informação e banco de dados.

²⁰⁶ SANTOS, André Alencar. *Informática descomplicada*. 5 ed. Brasília: Gran Cursos, 2010, p. 726. Rol de exemplos não taxativo, por certo. Há muitos comunicadores instantâneos de menor visibilidade para diversos sistemas operacionais (Windows, Linux, MacOS etc), pagos e gratuitos, utilizados tanto em empresas privadas como no setor público.

²⁰⁷ MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 138.

na proteção constitucional à privacidade, mas também na proteção constitucional ao sigilo da correspondência²⁰⁸.

3.3 Análise de casos jurisprudenciais paradigmáticos

3.3.1 Monitoramento de mensagens eletrônicas em ambiente laboral – O Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000, julgado em 20 de outubro de 2010

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO. JUSTA CAUSA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM FUNÇÃO DA JUSTA CAUSA. Dano moral - MONITORAMENTO DE e-mail CORPORATIVO. AUDITORIA INTERNA. Diante do óbice da Súmula 296/TST e porque não demonstrada violação dos dispositivos de lei e da Constituição Federal indicados, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento a que se nega provimento²⁰⁹.

Dentre outros pedidos, a decisão de primeiro grau condenou a parte ré (empregador) ao pagamento de indenização por danos morais, uma vez que esta, ao realizar auditoria para apuração de falta grave, monitorara de forma indiscriminada as mensagens pessoais por meio do e-mail e *MSN* utilizados pela parte autora (empregado), violando assim sua intimidade²¹⁰.

Em sede de segundo grau, a decisão da primeira instância foi modificada. Entendeu o Tribunal que o poder de gestão do empregador foi exercido com cautela máxima ao monitorar o e-mail e o *MSN* do empregado, pois objetivou investigar e comprovar possíveis irregularidades; que a auditoria realizada pelo empregador ficou restrita às conversas eletrônicas entre os empregados feitas durante a jornada de

²⁰⁸ Lembrando que a CLT brasileira não previu expressamente a proteção às correspondências dos trabalhadores. A Reforma Trabalhista trouxe, por outro lado, a proteção à intimidade da pessoa física, seja ela empregado, empregador, cliente etc. O sigilo das correspondências é garantido, no Brasil, constitucionalmente. Em Portugal, como vimos, há previsão detalhada tanto na CRP quanto no Código de Trabalho.

²⁰⁹ Processo nº TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 17:54 hs.

²¹⁰ Processo nº TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 18 hs.

trabalho, não havendo, destarte, falar em ofensa à intimidade ou a direito da personalidade de seu colaborador²¹¹.

Vale destacar que o Tribunal Regional também entendeu que não há necessidade de advertência expressa e formal do empregador quanto ao uso do computador apenas em serviços,

pois no presente caso o reclamante atuava como **profissional de informática**, sendo patente que a concessão dessa ferramenta somente pode ser presumida como inerente ao labor a ser praticado, donde se conclui que **o reclamante ao usar a ferramenta pública para fins pessoais mitigou sua própria vida privada**, o que induz a ausência de lesão a esse bem pelo empregador durante a auditoria²¹². (grifos nossos)

Já nas razões de Recurso de Revista no Tribunal Superior do Trabalho (TST), o reclamante (empregado)

sustenta que "o exercício do poder diretivo e fiscalizador do recorrido não poderiam servir, em nenhum momento, para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos aos direitos fundamentais do recorrente" (fl. 433) e que referido poder diretivo deve se limitar à apuração de falta grave **e não no monitoramento de conversas pessoais através de e-mail ou pelo messenger, sob pena de violação de intimidade**. Afirma que o e-mail monitorado era particular e que o sigilo das comunicações é protegido pela CF. Indica afronta aos artigos 5º, V, X, XII e LIV, da CF; 186 e 927 do Código Civil; e 10 da Lei nº 9.296/96²¹³. (grifos nossos)

Contudo, por unanimidade os Ministros do TST negaram provimento ao Agravo em Recurso de Revista, adotando as razões do Tribunal *a quo*: a) a auditoria objetivou apurar irregularidades; b) as mensagens eletrônicas monitoradas foram enviadas durante o horário de trabalho; c) a auditoria observou o máximo de cautela. Além dessas, o TST alertou quanto ao fato de o computador pertencer à reclamada (empregador), de modo que, ao utilizar as ferramentas fornecidas pelo empregador com intuito de trabalho para fins particulares, não há falar em violação da intimidade do empregado²¹⁴.

²¹¹ Processo nº TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 18 hs.

²¹² Processo nº TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 18 hs.

²¹³ Processo nº TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 18:11 hs.

²¹⁴ Processo nº TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 18:19 hs.

3.3.2 Mensagens instantâneas copiadas sem autorização – o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista no TST 4497-69.2010.5.15.0000, julgado em 26 de fevereiro de 2014

DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. PROGRAMA DE MENSAGEM INSTANTÂNEA (MSN). ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS E RECEBIDAS PELOS EMPREGADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA. ABUSO DO PODER DIRETIVO. 1. O empregador, no âmbito do seu poder diretivo (art. 2º da CLT), pode adotar medidas a fim de assegurar o cumprimento pelos empregados do seu compromisso de trabalho e de proteger a sua propriedade. Deve fazê-lo, contudo, sempre respeitando os direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais está incluído o direito à intimidade. 2. No caso dos autos, é incontroverso que **o empregador, na tentativa de recuperar determinado documento, acessou um dos computadores utilizados no ambiente de trabalho e, na oportunidade, fez a leitura das mensagens trocadas entre os reclamantes via MSN, sem a autorização dos mesmos.** 3. Tais fatos evidenciam que **o poder diretivo foi exercido de forma abusiva**, mediante a utilização de práticas que importaram **em ofensa ao direito à intimidade e ao sigilo da correspondência**, assegurados nos arts. 5º, X e XII, da Carta Magna. 4. **Com efeito, a comunicação via MSN - ainda que estabelecida durante o horário de trabalho, por meio de computador fornecido pela empresa -, por ostentar natureza estritamente pessoal, é inviolável, não sendo possível o exercício, pelo empregador, de qualquer tipo de controle material, ou seja, relativo ao seu conteúdo.** 5. Nesse contexto, em que os atos praticados pelo empregador não se encontravam dentro de seu poder diretivo, traduzindo-se em violação dos direitos de personalidade dos reclamantes, resta configurado o dano moral passível de indenização²¹⁵. (grifos nossos)

A sentença da Justiça do Trabalho de origem condenou os reclamados à indenização por dano moral de trinta salários mínimos a cada reclamante, sob o fundamento de que os elementos de prova existentes nos autos – *cópias não autorizada das mensagens instantâneas trocadas pelas reclamantes* – demonstram a

²¹⁵ Processo nº TST 4497-69.2010.5.15.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 31/8/17 às 16:10 hs.

configuração de abuso de autoridade por parte do empregador, determinando aos reclamados o cancelamento das penalidades empresariais impostas aos reclamantes.

O Tribunal Regional divergiu da sentença de primeira grau. Ao considerar que o direito à privacidade não é absoluto, concluiu ser lamentável o uso do *MSN* durante quatro meses, em pleno horário de expediente e por tempo considerável por parte dos reclamantes. Atribuiu o fato como sendo uma “prática de lazer” em pleno horário de trabalho. Por fim, as punições dadas aos reclamantes pelo empregador foram consideradas razoáveis, afastando a indenização por danos morais.

Todavia, em sede de Recurso de Revista no Tribunal Superior do Trabalho, este entendeu que o poder diretivo foi exercido de forma abusiva, de modo a ofender ao direito à intimidade e ao sigilo da correspondência, fulcro nos artigos 5º, incisos X e XII da CRFB. Aduziu que a comunicação via *MSN*, por si só, ostenta natureza estritamente pessoal, sendo inviolável e não passível de controle material relativo a seu conteúdo, mesmo que o uso tenha se dado durante o horário de trabalho e por meio de computador²¹⁶ fornecido pela empresa²¹⁷.

Vimos neste trabalho que os comunicadores instantâneos podem seguramente ser enquadrados dentro do conceito de correspondência, pois semelhantes aos e-mails. Assim, a lógica de proteção à privacidade das mensagens trocadas via e-mail pode ser adaptada aos *messengers*. Nessa tenda, conforme Alexandre Agra Belmonte,

O e-mail particular é meio de comunicação de natureza estritamente pessoal e, portanto, inviolável. Nessa qualidade, somente podendo ser vasculhado mediante **prévia autorização, do próprio empregado ou ainda judicial**, na última hipótese se entendido que não fica limitada à instrução processual penal, podendo ser estendida aos processos civil e trabalhista. **Qualquer intromissão material não autorizada será considerada invasão de intimidade** e, especificamente, quebra de sigilo de correspondência ou violação da intimidade, vulnerando os direitos fundamentais do trabalhador e

²¹⁶ Vale lembrar que “os computadores não esquecem e não perdem a sua memória, deixando uma série de pistas digitais que permitem a comparação à entrada de determinados locais de uma cópia digitalizada e a imagem da pessoa em causa. O trabalhador encontra-se, por esta via, amplamente 'radiografado'”. In MOREIRA, Teresa Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões*. Questões laborais. Número 41. Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro a Junho de 2013, p. 57

²¹⁷ Processo nº TST 4497-69.2010.5.15.0000. In www.tst.jus.br. Acesso em 31/8/17 às 16:10 hs.

dando ensejo a reparações inibitórias e de cunho patrimonial e moral²¹⁸.
(grifos nossos)

Por sua vez, em relação à prévia autorização dada pelo empregado para acessar o conteúdo de suas mensagens privadas, como ressaltada por Belmonte acima, Teresa Moreira alerta:

Para o Direito do trabalho também é muito importante que o acento tônico para o tratamento de dados pessoais deixe de assentar no consentimento pois, [...] **'o consentimento não deve constituir um fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais se existir um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento,** especialmente se o primeiro se encontrar numa situação de dependência em relação ao segundo, em especial quando os dados pessoais são tratados pelo empregador no contexto da relação laboral²¹⁹. (grifos nossos)

O empregador não deve monitorar de qualquer forma o e-mail ou os comunicadores instantâneos dos empregados. A não proibição expressa ou a aceitação tácita de seu uso por parte do empregador atraem de imediato a garantia constitucional de sigilo do conteúdo por meio de tais ferramentas trafegados, isto é, qualquer conversação que por ali ocorra pertencerá ao âmbito privado do trabalhador²²⁰. O consentimento prévio por parte do obreiro, por si só, não afasta esta proteção, haja vista a possibilidade de haver, no caso concreto, um desequilíbrio acentuado entre o trabalhador e o empregador; do contrário, entendemos que seu direito à privacidade poderá ser mitigado por direitos contrapostos.

3.3.3 Colisão de direitos fundamentais – O Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128, julgado em 26 de março de 2014

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA -

²¹⁸ BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 79.

²¹⁹ In MOREIRA, Teresa Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões*. Questões laborais. Número 41. Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro a Junho de 2013, p. 63.

²²⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *E-mails e correspondências no trabalho, monitoramento pelo empregador e privacidade do trabalhador*. In www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cidadaniatrabalho. Acesso em 22/02/2017, às 13:54 hs. Esse também é o nosso entendimento. Pode-se proibir de antemão o uso da ferramenta, mas, uma vez disponibilizada ou em não havendo proibição de uso, jamais o empregador poderá conhecer das mensagens por este meio trocadas, tendo elas caráter privado ou não, pois o meio, de *per se*, será privado.

DANOS MORAIS - PROVA - VALIDADE. O Tribunal Regional concluiu pela veracidade e pela licitude das provas constantes dos autos, razão pela qual condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. Conforme se observa, a Corte Regional afastou a possibilidade de sigilo das correspondências, sob o fundamento de que o seu conteúdo era ilícito, o que configurou abuso de direito. Nesse contexto, ao ponderar os princípios constitucionais, optou pela aplicação do princípio da dignidade da reclamante. Assim procedendo, não se constata ofensa ao artigo 5º, XII, da Constituição Federal. Por fim, inócua a análise da distribuição do ônus da prova, uma vez que os fatos foram devidamente provados. Afasta-se, portanto, a indicada violação do artigo 333, I, do CPC. Agravo de instrumento a que se nega provimento²²¹.

A reclamante ajuizou ação de reparação de danos morais juntando aos autos cópia de conversações eletrônicas trocadas por sua antiga chefe e outra colaboradora da empresa em que trabalhava. As mensagens teriam conteúdo de caráter ofensivo à sua dignidade e a seus direitos da personalidade²²². A sentença de primeiro grau entendeu que tal cópia foi obtida de forma ilícita, não gozando de validade como prova judicial, negando provimento ao pedido de danos morais da reclamante.

O Tribunal Regional, por sua vez, reformou a sentença e divergiu quanto à invalidade da prova. Aduziu que houve uma colisão de direitos fundamentais no caso concreto, desta resultando abuso de direito por parte da proprietária (empregadora), como segue:

Ora, a ferramenta de troca de mensagens já está difundida nas empresas públicas e privadas e foi criada com a finalidade de facilitar o trabalho e a comunicação entre os empregados de todos os níveis hierárquicos, desburocratizando a rotina laboral. O uso desse instrumento, já decidiu o C. TST, pode ser monitorado pelos empregadores, justamente pelo fato de se tratar de ferramenta para o trabalho, não sendo infrequentes reclamações trabalhistas envolvendo o uso inadequado desse sistema de mensagens pelos empregados. Obviamente que **o bom uso desse recurso é exigido por todos aqueles que dele se valham, subordinados ou superiores**. No presente caso, **pelo conteúdo das mensagens trocadas entre a**

²²¹ Processo nº TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128 . In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 18:33 hs.

²²² “Nessas mensagens, a proprietária refere-se pejorativamente à reclamante, de forma frequente e reiterada ('elefante', 'elefoa', 'fdp', 'chatilda', 'forgada', 'a moça do zoo'), optando pela desqualificação da obreira ao utilizar essas rotulações ao conversar com uma outra funcionária da empresa”. Processo nº TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128 . In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 18:59 hs.

proprietária e uma funcionária (fls. 37/91), **pode-se concluir, com certeza, pelo mau uso da ferramenta posta à disposição da empresa. As conversas extrapolam os limites aceitáveis impostos pela relação de trabalho e avançam para críticas a características físicas dos empregados**, com uso de linguagem inadequada e formulação de chacotas, com nítida finalidade de **achincalhar trabalhadores**, dentre os quais a reclamante que, nas tais conversas, é chamada de 'elefoa', 'elefanta', 'a moça do zoo', 'forgada', 'fdp', dentre outras menções que, além de desonrosas, estão completamente desconectadas da questão do trabalho²²³. (grifos nossos)

Ao ponderar tais direitos fundamentais, concluiu o Tribunal Regional que

Se o sigilo das correspondências pressupõe que o conteúdo delas seja lícito e se, no caso em análise, as mensagens trocadas desvirtuam a finalidade para a qual a ferramenta foi criada, evidencia-se o abuso de direito, retirando-se, no caso concreto, o véu do sigilo sobre as mensagens reciprocamente enviadas pelas Sras. Fabiana e Poliane. Aplicam-se aqui, a um só tempo, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, da concordância prática de valores, com a teoria do abuso de direito, proibindo esta última que o exercício de um direito irrompa em desrespeito ao direito de outrem. No caso, as mensagens atentam contra a dignidade da reclamante, além de desequilibrar o ambiente de trabalho em que esta executa suas atividades.²²⁴

O Tribunal Regional, portanto, admitiu a validade da prova (mensagens eletrônicas de conteúdo depreciativo) juntada pela reclamante. Neste caso, foi a própria empregada (reclamante) quem obteve acesso a conversações eletrônicas entre terceiros (empregadora e outra colaboradora) que, em tese, seriam privadas, como entendeu o juízo de primeiro grau. O Tribunal, ao ponderar direitos fundamentais, afastou a prevalência da privacidade da empregadora no caso concreto ao configurar, por parte dela, o abuso de direito, isto é, abuso do poder empregatício. Conforme o Acórdão,

[...] se a proprietária da reclamada, como demonstram os diálogos mantidos com a Sra. Poliane, estava insatisfeita com os serviços prestados pela autora, podia demiti-la, utilizando de seu poder empregatício. Na medida em que, mesmo insatisfeita, mantém a reclamante no serviço e passa a desqualificá-la em mensagens para outra empregada, **extrapola os limites dos poderes**

²²³ Processo nº TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128 . In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 19 hs.

²²⁴ Processo nº TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128 . In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 19 hs.

que decorrem da subordinação, passando a utilizá-los como ferramenta de humilhação²²⁵. (grifos nossos)

Em sede de agravo de instrumento, o TST deu razões ao Tribunal Regional ao afirmar que há prova inequívoca de abuso do exercício do poder empregatício por parte da reclamada, ao expôr injustamente a imagem da reclamante, e que esta exposição configurou assédio moral. Além disso, o TST afirma que o Tribunal Regional afastou o direito ao sigilo das correspondências sob o fundamento de que o seu conteúdo era ilícito, o que configurou abuso de direito, optando, por fim, pela aplicação do princípio da dignidade da reclamante e a correspondente cedência do direito à privacidade da empregadora, negando provimento ao agravo²²⁶.

3.3.4 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012, proferido no processo 24163/09.0T2SNT.L1-4, de relatoria do juiz José Eduardo Sapateiro, traz a seguinte ementa:

(...)

III – Face à **inexistência de qualquer regulamentação prévia** para a utilização pessoal e profissional da Internet por parte dos trabalhadores da Ré **verifica-se o acesso e conhecimento indevidos e ilícitos por parte da empresa ao conteúdo de conversas de teor estritamente pessoal** da Apelada com três amigas e o marido/namorado, numa situação que se pode equiparar, de alguma maneira, à audição de vários telefonemas particulares (no fundo, uma espécie de «escutas» ilegais) ou à leitura de cartas dessa mesma índole, sem que, quer o remetente, como o destinatário, tenham dado o seu consentimento prévio a tal “visionamento” escrito das ditas conversas (artigos 15.º e 21.º e 16.º e 22.º dos Código do Trabalho de 2003 e 2009).

IV – **O facto das referidas conversas/mensagens electrónicas se acharem guardadas no servidor central da Ré, a ela pertencente, não lhes retira, por um lado, a sua natureza pessoal e confidencial.**

²²⁵ Processo nº TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128 . In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 19:11 hs.

²²⁶ Processo nº TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128 . In www.tst.jus.br. Acesso em 30/8/17 às 19:27 hs.

V – As pessoas, normalmente, quando estão em círculos privados e fechados, em que sabem que só são escutadas pelo destinatário ou destinatários presentes e relativamente aos quais existe um mínimo de confiança no relacionamento que se estabelece - como parece ser o caso dos autos -, falam à vontade, dizem disparates, queixam-se, exageram, troçam de terceiros, dizem mal deles, qualificando-os, muitas vezes, de forma pouco civilizada, “confessam-se”, afirmam coisas da boca para fora, no calor da conversa ou discussão, e tudo isso porque **contam com a discrição dos seus interlocutores para a confidencialidade** de algumas das coisas referidas e a compreensão e o inevitável “desconto” para as demais.

VI – Uma das inúmeras vertentes em que se desdobra o direito fundamental e constitucional da liberdade de expressão e opinião é aquela que normalmente se define como uma conversa privada entre familiares e/ou amigos, num ambiente restrito e reservado, tendo a Autora, bem como as suas amigas e companheiro, se limitado a exercê-lo, por estarem **convictos de que mais ninguém tinha acesso e conhecimento, em tempo real ou diferido, do teor das mesmas.**

VII – Tendo tais conversas essa natureza e **não havendo indícios de que delas derivaram prejuízos de índole interna ou externa para a Ré**, tendo sido desenvolvidas por uma trabalhadora com 8 anos de antiguidade e com um passado disciplinar imaculado, tal conduta, ainda que prolongada no tempo, não se reveste de uma gravidade e consequências tais que, só por si e em si, de um ponto de vista objectivo, desapassionado, jurídico, implique uma quebra irremediável e sem retorno da relação de confiança que o vínculo laboral pressupõe entre empregado e empregador, impondo, nessa medida, a este último, o despedimento com justa causa, por ser a única medida reactiva de cariz disciplinar que se revela proporcional, adequada e eficaz à infracção concreta e em concreto praticada pelo trabalhador arguido²²⁷.
(grifos nossos)

No caso acima, a trabalhadora trocou mensagens instantâneas com amigas e com seu companheiro. Tais mensagens foram extraídas por um funcionário que atua com o equipamento do servidor central, pertencente à empresa, onde estavam armazenadas²²⁸.

Conforme Teresa Moreira, a ementa do acórdão acima transcrito é juridicamente inovador, pois traz, pela primeira vez nos tribunais superiores

²²⁷ Disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 22/08/17 às 1:03 hs.

²²⁸ Disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 22/08/17 às 1:03 hs.

portugueses, a discussão acerca da privacidade das mensagens trocadas por comunicadores instantâneos no ambiente laboral e os limites do poder de controle empregatício em relação a elas, no tocante ao duplo uso destas mensagens no processo por parte do empregador: como cerne do processo disciplinar contra a trabalhadora e como prova documental deste mesmo processo, que culminou em sua demissão por justa causa²²⁹.

Ao analisar a licitude ou não da prova das mensagens instantâneas, o tribunal se baseou na tutela do direito à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação do artigo 22º do CT português e o direito à liberdade de expressão do artigo 14º, do mesmo diploma legal²³⁰.

Pelo recorte que fizemos, podemos extrair as seguintes linhas argumentativas utilizadas pelo tribunal: a) inexistência de qualquer regulamentação prévia; b) o entendimento de que o conteúdo de cunho privado, mesmo guardado em equipamento de propriedade alheia, mantêm-se privado; c) expectativa de privacidade durante a conversação; d) ausência de prejuízos efetivos causados pela suposta conversação, verificada pelo uso do princípio da proporcionalidade. Vejamos.

Não havia regulamentação prévia a justificar a invocação por parte do empregador do poder patronal – artigo 34 do CT português - para limitar o exercício do direito constitucional ao sigilo, fulcro nos artigos 34 da Constituição portuguesa e 22 do CT português. A garantia prevista no artigo 34 da Constituição portuguesa é ampla, abrangendo a liberdade de envio e recepção de correspondência, a proibição de reter ou de apreendê-la, a proibição de interferência telefônica ou por outro meio e, por fim, a proibição de divulgação por terceiros que, por ventura, tiverem acesso²³¹.

A tomada de conhecimento não autorizada do conteúdo das mensagens é de *per si* ilícita. O artigo 22º do CT português traz o direito à confidencialidade das mensagens de natureza pessoal dos trabalhadores, enviadas ou recebidas através de

229 MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 136 - 142.

230 MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 136 - 142.

231 MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 139.

qualquer meio de comunicação. O trabalhador tem o direito de controlar ou impedir o acesso a suas mensagens, bem como o direito de controlar ou impedir sua divulgação²³².

A titularidade do meio utilizado não justifica, por si mesma, o acesso às comunicações eletrônicas realizadas no ambiente laboral. No caso em questão, o empregador respaldou seu argumento no sentido de que era detentor do servidor central, que armazenava as mensagens trocadas pelos trabalhadores. Como vimos, o fato de ele ser proprietário, por si só, não lhe dá o direito de violar a intimidade ou a privacidade dos seus colaboradores. A natureza pessoal das mensagens continua intacta independentemente desse fato²³³.

O empregador é um terceiro e como tal, ao acessar o conteúdo das mensagens do empregado, viola o direito à privacidade. No caso em questão, o empregador sequer tinha regras expressas²³⁴ regulando o uso dos meios de comunicação internos da empresa, o que não anda bem com o princípio da transparência e boa-fé. Ademais, o direito à autodeterminação informativa²³⁵, dentre outros vieses, pressupõe o direito

²³² MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 139.

²³³ MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 139. A autora cita excerto do acórdão do STJ português de 5 de Julho de 2007, que afirma que permitir a violação do conteúdo das mensagens pelo tão-só fato de o empregador ser proprietário da ferramenta seria o mesmo que admitir que o empregador pudesse abrir a carteira ou celular dos empregados por estarem guardados em armários de sua propriedade.

²³⁴ Teresa Moreira vai além e defende que, mesmo que houvesse políticas de uso formuladas pelo empregador, ainda assim o empregador somente poderia controlar o conteúdo das mensagens do trabalhador com prévia autorização judicial, nos termos do artigo 34 da CRP, uma vez que a propriedade dos meios não retira a titularidade do direito à privacidade e a infração cometida pela trabalhadora deveria ser configurada, no máximo, como infração disciplinar, e não despedimento por justa causa. E mesmo ocorrendo essa infração disciplinar, isso por si só não habilitaria ao empregador violar a confidencialidade das mensagens. In MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 140.

²³⁵ Já vimos brevemente em capítulo anterior este conceito: o sujeito tem o direito de ser informado quando, como e de que forma seus dados estão sendo tratados. Tem um caráter finalístico: o de saber também para quê foram ou serão recolhidos seus dados. Portugal o adotou expressamente. No Brasil, o projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016), ainda em fase de tramitação na presente data (16/08/17), traz expressamente o direito a autodeterminação informativa, no inciso I do artigo 2º.

do titular dos dados a receber toda a informação relativa a si mesmo como parte essencial e integrante desse direito²³⁶.

Mas, então, em que medida, segundo o ordenamento jurídico português, poderia o poder empresarial sobrepor o direito à privacidade do trabalhador nas comunicações instantâneas via *messenger*?

O empregador tem o poder empresarial e pode controlar as mensagens, mas o conteúdo passível de controle é limitado a dados externos, a fim de averiguar o uso dado pelos trabalhadores às ferramentas²³⁷. A Directiva 2002/58/CE, em seu artigo 6º nº 2 e internalizada pela Lei portuguesa nº 41/2004 de 18 de Agosto em seu artigo 6º nº 2 alínea 'b' afirma que “podem ser tratados dados de tráfego necessários para efeitos de faturação dos assinantes e de pagamento de interligações”²³⁸.

O suposto exagero limitativo ao controle empresarial acima explanado é apenas aparente. Explicamos.

O empregador tem a seu dispor meios legais suficientes para controlar e sancionar o comportamento indevido do trabalhador, sem com isso violar seus direitos fundamentais, por meio de análise de custo da ferramenta de trabalho e tempo gasto pelos trabalhadores, de forma geral, no uso e acesso à rede. Dessa forma, por exemplo, é possível verificar quantas horas foram gastas durante o horário de trabalho no uso dessas ferramentas, podendo extinguir o contrato de trabalho baseado em mau uso ou uso inadequado ou abusivo da ferramenta²³⁹.

²³⁶ MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 140.

²³⁷ No capítulo 1 indicamos a possibilidade de haver um poder de fiscalização eletrônico incipiente por parte do empregador. Esta é a doutrina de Teresa Coelho, que é peremptória ao afirmar: “o empregador fica limitado no seu poder de controlo eletrônico, ficando inibido de aceder ao conteúdo das mensagens instantâneas pessoais”. In MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 141

²³⁸ MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 141. Parece que a autora utilizou-se de analogia legal a fim de delinear limites ao controle das mensagens via *messenger* por parte do empregador.

²³⁹ MOREIRA, Teresa Coelho. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 141.

A proposta de solução acima elencada é a de uma análise objetiva por parte do empregador: relação entre o custo da ferramenta e o tempo de uso por parte do obreiro. A partir dessa relação, pode-se criar um relatório de produtividade baseado na carga horária do empregado, o qual poderá demonstrar indicadores de produtividade e eficiência – podendo ensejar punições como a extinção do contrato de trabalho, caso sejam baixas – sem invadir a esfera privada do sujeito e ferir direitos fundamentais²⁴⁰.

Há outras soluções. O empregador poderá: a) filtrar arquivos indesejáveis de imagem, som ou vídeo, por exemplo; b) basear-se em amostragem de duração de tempo *online* no *messenger*, por meio de registro de *login* e *logoff* como parâmetros; c) efetuar um levantamento genérico e não individualizável de quantidade de dados trafegados entre sessões de comunicações privadas (jamais acessando-as); dentre outras²⁴¹.

As soluções oferecidas acima servem perfeitamente às comunicações instantâneas. O empregador pode controlar o fluxo de informações trafegadas de maneira genérica e não individualizada para não caracterizar uma discriminação no ambiente de trabalho e ofender o princípio da igualdade; pode verificar a quantidade de fluxo de dados por usuário, porém sem acessar o conteúdo das mensagens, de modo que se possa relacionar o fluxo de dados, os destinatários e os intervalos entre fluxos de conversação a fim de verificar se há uso abusivo ou inadequado da ferramenta, desde que acordada para fins de trabalho²⁴².

²⁴⁰ Não concordamos com o argumento de que, no Brasil, tal solução seria inviável por não haver recursos financeiros ou tecnológicos. Em verdade, há muitos programas gratuitos ou de custos baixíssimos disponíveis.

²⁴¹ Citamos apenas alguns exemplos, pois há várias soluções tecnológicas que não invadem a esfera dos direitos da personalidade e direitos fundamentais dos trabalhadores. Em Portugal, ao empregador não é lícito invocar a segurança dos meios informáticos para acessar o conteúdo das mensagens eletrônicas por disposição legal expressa. No entanto, como vimos, não é possível afirmar peremptoriamente que haja essa vedação no Brasil, pois há lacunas infraconstitucionais (ex. se a ferramenta pertencer ao empregador), demandando do operador jurídico – intérprete e aplicador, especialmente – uma construção teórico-normativa constitucional por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas. Perde-se, com isso, em segurança jurídica.

²⁴² O fato de o programa de comunicação instantânea ser oferecido pelo empregador ou ser ele seu proprietário não obsta sobremaneira a implementação das soluções apresentadas, ao menos em Portugal. Já vimos que o tão só fato de o empregador ser proprietário da ferramenta ou do servidor de armazenagem das mensagens não autoriza violação da privacidade ou do conteúdo das mensagens, sejam elas privadas ou não. No Brasil, receamos não haver uma disposição expressa protetiva neste sentido: alguns entendimentos jurisprudenciais diferenciam claramente o fato de ser proprietário ou não em termos de ingerência nas comunicações. Debate incipiente nos tribunais brasileiros somado a lacunas legislativas dificultam uma interpretação mais protetiva em favor do empregado, parte esta em desvantagens múltiplas na relação de emprego.

3.3.5 O caso *Bărbulescu v. Romania*, de 12 de Janeiro de 2016 – Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Bogdan Mihai Bărbulescu trabalhou de 1/8/2004 até 6/8/2007 para sua empresa. A pedido de seu empregador, criou uma conta no *chat* do *Yahoo Messenger* para atender aos clientes, no exercício da profissão²⁴³.

Na data de 13/7/2007, o empregador informou-lhe que suas conversações na sua conta do *Yahoo messenger* estavam sendo monitoradas de 5/7/2007 a 13/7/2007, e que Bărbulescu a estava utilizando para fins estritamente pessoais. Bărbulescu negou que a utilizava para fins pessoais, quando então o empregador lhe mostrou 45 páginas transcritas de mensagens trocadas entre ele, sua noiva e seu irmão²⁴⁴.

Bărbulescu, ao se deparar com as cópias das mensagens acessadas e exibidas por seu empregador, afirmou-lhe que este cometera crime de violação de correspondência, fulcro no artigo 195 do Código Penal romeno²⁴⁵. No entanto, o empregador demitiu-o justificando que era estritamente proibido perturbar a ordem e disciplina constantes das premissas da companhia e, especialmente, para uso de computadores, fotocopiadoras, telefones, telégrafos e máquinas de fax para uso pessoal²⁴⁶.

Bărbulescu queixou-se às Corte de Bucareste e, em seguida, à Corte de Apelação da Romênia. A primeira rejeitou a queixa sob o argumento de que o empregador respeitou o processo de despedimento previsto no Código de Trabalho romeno e de que Bărbulescu foi devidamente informado sobre as regras constantes

²⁴³ In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 16/08/2017 às 23:19 hs. Tradução livre. Ver também: MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Romênia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público I45. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ “Qualquer pessoa que ilegalmente abra a correspondência de alguém ou intercepte conversas ou comunicações de alguém por telefone, telégrafo ou por qualquer outro meio de transmissão por longa distância será punida com pena de prisão entre 6 meses a 3 anos”. Tradução livre.

²⁴⁶ In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 16/08/2017 às 23:25 hs. Tradução livre. Ver também: MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Romênia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público I45. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

do regimento interno da empresa sobre a proibição do uso de recursos da empresa para fins pessoais. Ambas Cortes justificaram que o único meio de controle que o empregador tinha para se certificar em relação ao uso dado – se profissional ou pessoal – era o *chat*. Dessa ênfase decorre, segundo as Cortes, *que o empregador atuou no âmbito de seus poderes disciplinares*²⁴⁷.

Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) aduziu em sua decisão que as Cortes romenas não deram importância particular ao conteúdo concreto das comunicações de Bărbulescu, baseando-se nas transcrições das mensagens apenas na medida em que provava a violação disciplinar (uso para fins pessoais durante o horário de expediente), sendo que a identidade das partes da conversa não fora revelada. Portanto, concluiu que o conteúdo das comunicações não foi elemento decisivo para as decisões tomadas pelas Cortes romenas²⁴⁸.

Bărbulescu, ainda irresignado, recorreu ao próprio Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) alegando violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)²⁴⁹. No mérito, o TEDH acatou a preliminar de violação do artigo 8º da CEDH. Afirmou que o caso deveria ser analisado sob o ponto de vista das obrigações positivas do Estado, uma vez que o empregador de uma empresa privada não poderia, por meio de suas ações, envolver a responsabilidade do Estado, nos termos da CEDH. Assim, incumbiria ao TEDH examinar se o Estado, no contexto de suas obrigações positivas ao abrigo do artigo 8º da CEDH, estebeleceu um justo equilíbrio entre o direito de Bărbulescu ao respeito da sua vida privada e da correspondência e os interesses do empregador²⁵⁰.

Nesta esteira, o TEDH entendeu que: a) as mensagens de caráter pessoal trocadas por Bărbulescu não causaram efetivos prejuízos ao empregador; b) o empregador pode controlar o devido cumprimento das atividades profissionais; c)

²⁴⁷ In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 16/08/2017 às 23:25 hs. Tradução livre. Ver também: MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ “Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

²⁵⁰ In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 16/08/2017 às 23:25 hs. Tradução livre. Ver também: MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

foram examinadas as mensagens do *MSN*, mas não de outros dados e documentos armazenados no computador, tendo o empregador, portanto, monitorado de forma proporcional, autolimitando seu escopo de monitoramento; d) Bărbulescu não explicou satisfatoriamente por que utilizou o *MSN* para fins pessoais²⁵¹.

A conclusão (ainda sem caráter de definitividade) do TEDH, portanto, foi a de que

nada indica que as autoridades nacionais [romenas] não tenham estabelecido um justo equilíbrio entre a sua margem de apreciação entre o direito de Bărbulescu ao respeito da sua vida privada nos termos do artigo 8º da CEDH e os interesses e poderes de seu empregador, não havendo violação ao artigo 8º da CEDH, declarando por 6 votos contra 1 que não houve violação do artigo 8º da CEDH²⁵².

Portanto, a demissão de Bărbulescu foi mantida pelo TEDH. Tal decisão merece críticas, as quais serão baseadas no voto dissidente do juiz Pinto Albuquerque, do TEDH, e no autor João Zenha Martins. A elas.

O juiz Pinto Albuquerque do TEDH afirmou que os Estados têm a obrigação positiva de promover e facilitar o acesso universal da internet, incluindo a infraestrutura necessária para sua conectividade. Comunicações privadas na internet devem ser garantidas sob o manto da liberdade de expressão, promovida pelo Estado, juntamente com a obrigação de proteger o direito ao respeito da vida privada²⁵³.

In casu, afirma Pinto Albuquerque, não houve um aviso *ex ante* por parte do empregador ao empregado de que as comunicações estavam sendo monitoradas, gerando nele uma *expectativa razoável de privacidade*. As mensagens privadas de Bărbulescu referiam-se a problemas de saúde sexual que afetam diretamente sua noiva – assunto que diz respeito ao núcleo da vida privada do requerente e requer a proteção mais intensa ao abrigo do artigo 8º da CEDH²⁵⁴.

²⁵¹ In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 16/08/2017 às 23:40 hs. Tradução livre. Ver também: MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁵² *Idem*.

²⁵³ In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 31/08/2017 às 17:12 hs.

²⁵⁴ In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 16/08/2017 às 23:40 hs. Tradução livre. Ver também: MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu*

As mensagens trocadas por Bărbulescu, afirma o juiz dissidente, também faziam referência ao ambiente de trabalho hostil, de modo que o empregador não apenas acessou a conta *MSN* profissional criada por Bărbulescu, mas também a sua própria conta pessoal. O empregador não tinha direito de propriedade sobre a conta do empregado, apesar de o computador utilizado por Bărbulescu lhe pertencer. Ademais, o empregador tinha conhecimento de que algumas comunicações trocadas por Bărbulescu eram dirigidas a uma conta chamada “Andra ama-vos” que, por óbvio, não tinha qualquer relação com o desempenho das funções profissionais. Mesmo assim, o empregador acessou o conteúdo desta comunicação e fez transcrições dele contra a vontade explícita de Bărbulescu e sem autorização judicial, o que, na visão do juiz dissidente, jamais poderia ter ocorrido²⁵⁵.

Por sua vez, João Zenha Martins aduz que o *status* de cidadão precede ao *status* de trabalhador e não o contrário, uma vez que a tutela dos direitos de cidadania no ambiente de trabalho não admite *a priori* cláusulas pelas quais o trabalhador renuncie aos seus direitos fundamentais²⁵⁶. O trabalhador conserva os direitos enquanto cidadão no exercício laboral²⁵⁷. O autor afirma ainda que as novas tecnologias aumentam as fragilidades sociais e materiais, colocando em crise a privacidade das pessoas, porquanto trazem novas técnicas de transmissão, manipulação, gravação e comunicação de dados de som e imagem. Nesse sentido, é necessário que se implemente novos mecanismos de prevenção de risco, de conflito e de danos ligados à proteção dos direitos e liberdades dos trabalhadores que utilizam essas novas tecnologias²⁵⁸.

Em 13/07/2007 o empregador informou Bărbulescu que sua comunicação estava sendo monitorada entre 5/7/2007 e 13/7/2007. Informou que havia em curso

contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁵⁵ Os trabalhadores não abandonam o seu direito à privacidade e à proteção de dados todas as manhãs, às portas do local de trabalho. In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Acesso em 16/08/2017 às 23:40 hs.

²⁵⁶ Nesta linha também Teresa Coelho. Mas em sentido contrário, Palma Ramalho, Chintia de Oliveira e Leandro Dorneles, como já referido neste trabalho. Vale lembrar que “renúncia” é diferente de “conformação”. A conformação justifica-se pelo fato de nenhum direito ser absoluto; o contrato estabelece uma relação de interesses contrapostos, logo deve haver uma conformação recíproca de direitos.

²⁵⁷ MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08. In Revista do Ministério Público* 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁵⁸ MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08. In Revista do Ministério Público* 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

uma gravação retroativa e sem o conhecimento de Bărbulescu, portanto. Assume-se já aqui uma quebra do nexo da confiança²⁵⁹ entre os sujeitos ao vulnerar a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador com eficácia *ex nunc*, sendo que não houve ato expresso de renúncia nem ciência desse monitoramento por parte de Bărbulescu. O maior problema não é tanto o monitoramento *in abstracto* do uso da conta, mas sim o fato de Bărbulescu não saber que estava sendo monitorado. A plataforma do *Yahoo Messenger* não é de propriedade do empregador e isso afasta qualquer referência a possibilidade de mau uso – alegada pelo empregador - para fins pessoais²⁶⁰. Assim, surge a possibilidade de o despedimento de Bărbulescu ter se fundado em ato ilícito, qual seja, violação de sua privacidade²⁶¹.

Não se provou nos autos que Bărbulescu conhecia de antemão tais regras empresariais supostamente violadas, embora o empregador tenha alegado haver regulamento empresarial²⁶². De qualquer sorte, parte da doutrina portuguesa entende que os regulamentos internos empresariais não podem conter disposições que não se justifiquem pela qualidade e natureza das funções ou que não sejam proporcionais aos objetivos almejados, quando restringem direitos fundamentais dos trabalhadores. A autolimitação de um direito fundamental pressupõe a vontade livre, esclarecida e consciente por parte do indivíduo e isso não ocorre no caso desses regulamentos²⁶³.

²⁵⁹ Equivale de modo geral à quebra de deveres da boa-fé, consoante doutrina de Chíntia Oliveira, Leandro Dorneles e Teresa Coelho, já analisada brevemente neste trabalho.

²⁶⁰ Note-se a preocupação do autor quanto a este detalhe. Supondo-se fosse o empregador proprietário da ferramenta de comunicação, poder-se-ia então configurar eventual mau uso. Assim não entende Teresa Coelho, como vimos, ao menos não no sentido de configurar mau uso por meio de acesso a um suposto conteúdo infamante de mensagens de cunho privado. A autora entende que o mau uso poderia ocorrer por meio de controle de produtividade genérico e não individualizável, quando estes demonstrassem fraco desempenho por parte do obreiro.

²⁶¹ No caso *Copland*, de 3/4/2007, o TEDH decidiu que os trabalhadores conservam o seu direito à intimidade mesmo quando os dispositivos utilizados são propriedade do empregador e sua utilização ocorra durante o horário de trabalho. Qualquer ingerência neste direito promovida pelo empregador não poderá abrir mão do consentimento do seu titular, a não ser que esteja expressamente prevista em lei. In MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁶² MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205. Entendemos que se tivesse havido conhecimento prévio e expresso de tais regras, a despedida poderia ser tida como lícita, embora, ao mesmo tempo, tivesse ocorrido a violação do direito à privacidade de Bărbulescu – abuso do poder patronal. Duas questões distintas, porém interligadas.

²⁶³ MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

Nesta linha, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), de Portugal, ao interpretar o artigo 22º do Código de Trabalho português, afirma que

num mundo cada vez mais dominado pelas tecnologias de informação e comunicação, em que os meios de comunicação são centrais no trabalho de qualquer empresa ou empregador, não se afigura lógico nem realista que, no contexto da relação de trabalho, se proíba – de forma absoluta – a utilização de telefones e telemóveis, do correio eletrónico e o acesso à internet para fins que não sejam estritamente profissionais²⁶⁴.

No Brasil, entretanto, possivelmente não seria abusivo ou desproporcional uma regra proibindo ou restringindo o uso de ferramentas para fins pessoais, porquanto a obrigação principal do obreiro é prestar seus serviços, e os instrumentos fornecidos devem precipuamente servir a este fim. No caso de ferramentas de propriedade do empregado, eventual proibição aparentemente ofenderia direitos fundamentais do trabalhador; porém, mesmo neste caso, o empregador poderia limitar seu uso (mas não acessar o conteúdo) a fim de que não prejudicasse o bom andamento das atividades laborais²⁶⁵.

Retomemos o caso. Não se trata de verificar se Bărbulescu tinha ou não culpa por mentir a respeito do conteúdo de suas mensagens, como afirma o TEDH. É evidente que, em se tratando da vida privada, as pessoas inclinam-se a adotar uma postura defensiva de modo a evitar ao máximo expô-la. Trata-se, isso sim, de que, nos autos, *o empregador não provou que Bărbulescu conhecia de antemão que estava sendo monitorado nem mesmo de que Bărbulescu conhecia a proibição de não uso do MSN para fins pessoais*. A boa-fé e seus desdobramentos – lealdade, confiança no cumprimento do contrato – não foram respeitados pelo empregador quando este não comunicou de antemão sobre o monitoramento a Bărbulescu. Daí decorre que o empregador é quem agiu com ilicitude, tanto ao acessar conteúdo de caráter privado, quanto ao demitir seu empregado em virtude deste acesso, o que

²⁶⁴ Deliberação 1638/2013 de 16/07 do CNPD.

²⁶⁵ A dignidade do obreiro não será automaticamente reduzida porque privado este de uso exagerado da ferramenta para fins pessoais; caso contrário, haveria o risco de esvaziar a teoria dos direitos fundamentais presente neste trabalho.

deveria ensejar, em verdade, a resolução do contrato por justa causa por parte de Bărbulescu, e não o contrário²⁶⁶.

O TEDH já associou o sigilo das comunicações ao correio eletrônico no caso *Taylor Sabori*, de 22/10/2002 parágrafo 18, alertando depois no caso *Caroline von Hannover*, de 24/06/2005 parágrafo 70 para a necessidade de incremento de mecanismos de proteção adequados de proteção da vida privada e familiar para fazer face às novas tecnologias de informação²⁶⁷.

Mesmo que a empresa tivesse comunicado de antemão o monitoramento ao empregado e este, ainda assim, persistisse na utilização da conta para enviar mensagens de conteúdo pessoal, o empregador não poderia ter acesso total e irrestrito às mensagens enviadas sem que houvesse razões fundadas. Nem mesmo o consentimento dado pelo trabalhador será suficiente, e isso porque as conversações envolveram conteúdo não só do empregado como também de terceiros estranhos à relação laboral – a noiva e o irmão de Bărbulescu²⁶⁸.

Outro ponto a se destacar é o fato de o monitoramento não ter sido feito de modo periódico e geral, isto é, para todos os trabalhadores – ao menos o contrário não foi provado nos autos do processo em questão -, o que permite concluir que Bărbulescu estava sofrendo uma vigilância *ad personam*, exclusiva, de forma não igualitária ou, ainda, beirando a perseguição pessoal²⁶⁹. Vale destacar que o monitoramento geral, para não pecar por excesso ou desproporcionalidade, não deve

²⁶⁶ MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205. Ponto importantíssimo. Por um lado, o consentimento do empregado nem sempre é dado de forma livre e consciente, vez que é ele a parte hipossuficiente da relação empregatícia. Fácil simplesmente assinar um contrato e termos de conduta, mesmo não entendendo ou aceitando certas cláusulas, quando a necessidade de emprego e renda batem à porta. Por outro lado, a existência de terceiro envolvido faz pender mais ainda para o lado da proteção à privacidade, não mais somente ao obreiro, mas do terceiro que nada tem a ver com a relação de emprego. A proteção à privacidade não se limita, portanto, à relação empregador-empregado em âmbito laboral: aquela transcende esta.

²⁶⁹ “Seletividade vigilante” é o termo trazido por MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.. Teresa Coelho, como vimos, entende poder haver um monitoramento genérico e não individualizável, assim como João Zenha Martins.

ser direcionado ao conteúdo das mensagens, mas sim aos indicadores sugeridos anteriormente, tais como tempo de uso da ferramenta, produtividade etc.

A previsão genérica no regulamento interno de que os trabalhadores não poderiam utilizar os meios de comunicação fornecidos pela empresa para fins pessoais dá legitimidade ao empregador para monitorá-los, mas não de forma absoluta. Há restrições e conceitos a serem diferenciados. Uma coisa é verificar se o uso está sendo dado para fins pessoais; outra situação é acessar de forma indiscriminada o conteúdo das mensagens.

Assim, pensamos que o empregador não tem o direito de acessar o conteúdo das mensagens de forma aleatória e sem justificativa razoável, mas tem o direito de fiscalizá-las, desde que se valha de meios que não invadam a privacidade do trabalhador. Destarte, sequer seria preciso dar aviso prévio ao trabalhador quanto a essa fiscalização, pois esta é prerrogativa inerente ao poder patronal e à relação de emprego²⁷⁰.

Em conformidade com as ideias acima, em 5/9/2017 o TEDH decidiu, em caráter definitivo, por 11 votos a 6, que houve violação do artigo 8º da CEDH²⁷¹; e por 16 votos a favor, decidiu que a constatação dessa violação, por si só, é motivo suficiente para caracterizar o dano extrapatrimonial sofrido por Bărbulescu. Por fim, por 14 votos a 3, condenou o Estado da Romênia a indenizar Bărbulescu, por três meses, na quantia de 1.365,00 Euros, relativa a custos e outras despesas²⁷².

²⁷⁰ Há divergências, aqui, entre nosso entendimento e parte da doutrina portuguesa. Como foi visto no voto dissidente do juiz Pinto Albuquerque, em não havendo o aviso prévio no que diz à vigilância de suas comunicações, geram-se expectativas ao trabalhador de que suas mensagens estarão resguardadas pela confidencialidade no âmbito do direito à privacidade. Conforme o autor, o empregador deveria ter o cuidado de controlar as expectativas que criara em seu empregado e não o fez; bem possível prever que o trabalhador não teria enviado mensagens cujo conteúdo fosse privado se soubesse, de antemão, que estaria sendo monitorado. In MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Romênia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público 145. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março 2016, pp. 177 – 205.

²⁷¹ Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

²⁷² In <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177082>. Acesso em 10/9/2017 às 18:47 hs.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade são direitos fundamentais: a privacidade não escapa ao teorizado, pois dotada de todas as características àqueles inerentes. Para além disso, somos nós mesmos quem atribuímos o caráter privado a um conteúdo por nós emitido, seja por meio da fala, seja por meio da escrita, real ou virtual. O meio pelo qual esse conteúdo trafega também poderá ser considerado privado. São coisas distintas.

Não há direitos absolutos, de modo que todos são passíveis de restrições, porém estas deverão respeitar o núcleo essencial do direito à privacidade do trabalhador. Tal não pode ser delimitado *a priori*, mas sua proteção deve se dar de forma preferencial. O trabalhador geralmente é a parte débil da relação e mais vulnerável no sentido de eventual ofensa a seu direito fundamental. Consideramos ser esta preferência também um limite *a priori* do poder patronal.

O fato de haver tal preferência, no entanto, não impede que possa haver conformação recíproca de direitos pelas partes da relação de emprego, em virtude de nela haver interesses contrapostos. A renúncia, por sua vez, vai de encontro aos princípios constitucionais e à própria razão de existir do Direito do Trabalho.

A introdução das novas tecnologias de comunicação instantânea no ambiente laboral não se fez (ou faz) de forma neutra: dá a possibilidade de maior autonomia para os obreiros no ambiente de trabalho, porém permite um controle maior por parte do empregador em relação a seus subordinados, seja por meio de instalação de programas espiões, seja por monitoramento remoto acessando o conteúdo das mensagens privadas que deveriam estar a salvo de ingerências.

Com o aumento do poder de controle, aumentou-se também sua dimensão desumana: uma potencial eliminação da privacidade como a conhecemos. Essa dimensão desumana permite um controle excessivo e pode trazer riscos para a saúde dos trabalhadores.

Dimensões desumanas não devem se proliferar em nosso ordenamento jurídico. Se o novo poder de controle eletrônico é dotado de tal dimensão, também o direito à privacidade, em resposta, deverá adotar outras dimensões jurídico-

normativas a fim de reestabelecer o equilíbrio, deixado de lado em legislações e decisões jurisprudenciais brasileiras.

O problema: a não especificação, o não detalhamento, a falta de previsão legal e precisão terminológica brasileiras acarretam, dentre outras coisas, em insegurança jurídica, vale dizer, insegurança quanto ao que esperar tanto em relação à elaboração de regulamentos empresariais, por exemplo, quanto de decisões judiciais referentes ao tema; e em última instância, provoca insegurança ao cidadão e trabalhador quanto às “regras do jogo” de utilização das ferramentas de comunicação instantânea atuais.

Um tratamento jurídico preciso da privacidade no espaço virtual do ambiente laboral, notadamente referente às comunicações instantâneas, faria com que houvesse maior segurança jurídica e maior vinculabilidade das decisões pelos tribunais. E mais: importaria novos limites a esse novo poder de controle empresarial.

Em Portugal, a proteção jurídica à privacidade é muito mais abrangente do que no Brasil. O próprio Código de Trabalho português prevê expressamente tal proteção no âmbito das ferramentas eletrônicas, diferentemente da Consolidação das Leis Trabalhistas brasileira. Há naquele país autoridade específica (CNPD) para salvaguardar a privacidade e proteção de dados pessoais. Não há, no Brasil, semelhante autoridade.

Mas, em que pese a legislação brasileira ainda não ter contemplado certas especificações relativas à privacidade, a jurisprudência pátria, especialmente a trabalhista, tem entendido no sentido de dar maior proteção à privacidade dos obreiros, seja ao utilizar a teoria dos direitos fundamentais para resolver o problema da colisão em casos concretos, seja para garantir constitucionalmente o direito à privacidade e ao sigilo das correspondências dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho – em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)*. Lisboa: Almedina, 2014.

_____. *O novo Código do Trabalho e os direitos da personalidade do trabalhador: A Reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: 2004, p. 149.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos Humanos e Trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

BENJAMIN, Antônio Hermman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 5/8/2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 5/8//2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 5/8//2017.

_____. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm>. Acesso em 5/8//2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 5/8/2017.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em 5/8/2017.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 4/8/2017.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 8/8/2017.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 8/8/2017.

_____. Projeto de Lei 5279/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em 1/9/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815. Rel. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 10/6/2015, DJ 1/2/2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST RR-4497-69.2010.5.15.0000. Rel. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, j. em 15/04/2015, DJ 23/04/2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST-AIRR-163-59.2011.5.15.0128. Rel. Valdir Florindo, 2ª Turma, j. em 26/3/2014, DJ 4/4/2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST-AIRR-2562-81.2010.5.01.0000. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, j. em 20/10/2010, DJ 27/10/2010.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A Gênese dos Direitos da Pessoa*. In Nós-Estudo sobre o Direito das Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *E-mails e correspondências no trabalho, monitoramento pelo empregador e privacidade do trabalhador*. Disponível em: <www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cidaniatrabalho>. Acesso em 22/02/2017.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (orgs.). *Dicionário de Trabalho e Tecnologia*. 2 ed. Porto Alegre: Zouk, 2011.

CORREIA, Victor. *Sobre a Privacidade*. Lisboa: Sinapsis, 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 3/3/2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS DO HOMEM DE 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 3/3/2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 02, p. 14, 2007. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>>. Acesso em 12/3/2017.

DELPIAZZO, Carlos E. *De la intimidad a la privacidad*. In: _____ El Trabajo ante Las Nuevas Tecnologías. Montevideo: 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*. 12. ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2015.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARECOS, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, João Zenha. *Comentário ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bărbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. nº 61496/08*. In Revista do Ministério Público I45. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro : Março, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. Campinas: Boitempo Editorial/Editora da Unicamp, 2002.

MIGUEL, Ruiz. *Human Dignity: History of an Idea*. In www.usc.es, p. 3 e ss. Disponível em <https://www.academia.edu/10147469/_Human_dignity_History_of_an_idea_>. Acesso em 7/3/17.

MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Teresa Alexandra. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões*. Questões laborais. Número 41. Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro a Junho de 2013.

_____. *Controlo do messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2012*. In *Prontuário de Direito do Trabalho - Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEDER, Ricardo. *A teoria crítica de Andrew Feenberg*. Brasília: Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina/Cds/Unb/Capes, 2010.

NOBLE, David. *A loucura da automatização*. Barcelona: Alikornio 2001.

_____. *Uma visión diferente del progreso – Em defesa del luddismo*. Barcelona: Alikornio, 2000.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVAES, Henrique Tahan. *O fetiche da tecnologia: a experiência das fábricas recuperadas*. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2013.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 1/8/2017.

_____. Decreto-Lei nº 46.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Decreto-Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal português. Disponível em: <<http://www.codigopenal.pt/>>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Decreto de Lei nº 122, de 4 de julho de 2000. Disponível em: <<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=962006>>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Decreto-Lei nº 134 de 2 de junho de 2009. Disponível em: <<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=961775>>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Deliberação nº 1638, de 16 de julho de 2013, da Comissão Nacional de Protecção de Dados. Disponível em:

<https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Decreto de Lei nº 67/98. Lei de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009. Código do Trabalho português. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Lei n.º 109, de 24 de fevereiro de 2009. Lei do Cibercrime. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis>. Acesso em 5/7/2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 07S043, j. em 5/7/2007. Disponível em <<http://www.stj.pt/>>. Acesso em 05/07/2017.

_____. Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em 5/7/2017.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación del Cultura Universitaria, 2015.

SANTOS, André Alencar. *Informática descomplicada*. 5 ed. Brasília: Gran Cursos, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. Malheiros: São Paulo.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado 4, 23-51, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177082>>. Acesso em 10/9/2017.