

AS NOVAS TECNOLOGIAS INFORMACIONAIS E SEUS EFEITOS NA PRIVACIDADE DO EMPREGADO NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

LE NUOVE TECNOLOGIE D'INFORMAZIONE E COMUNICAZIONE I SUOI EFFETTI SULLA PRIVACY DEGLI IMPRENDITORI NEL DIRITTO PORTOGHESE E BRASILIANO

**AUGUSTO EDUARDO MIRANDA PINTO
MARCIA SLEIMAN RODRIGUES**

RESUMO

As novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC) tiveram impacto expressivo nas relações de trabalho, principalmente no ordenamento jurídico português. O presente trabalho pretende comparar estes aspectos com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quanto à problemática advinda entre a tecnologia informacional e a privacidade dos trabalhadores, analisando o poder do controle do empregador e o resultado dessa relação e suas consequências no mundo do trabalho. O uso de novas ferramentas tecnológicas como email e a internet, proporcionou que o empregador recolhesse informações quanto ao interesse e preferências dos trabalhadores, verificasse seus sites mais visitados, elaborasse a formação de perfis, e introduzisse uma vigilância discriminatória a partir das múltiplas facetas dos trabalhadores. O ordenamento jurídico português foi pioneiro no enfrentamento desse problema, tanto na esfera constitucional, como no novo código de trabalho do ano de 2009. Já o brasileiro engatinha em uma normativa específica protetiva, utilizando a jurisprudência e subsidiariamente a normativa civil, na garantia do direito a intimidade do trabalhador. O presente estudo analisa inicialmente, o tratamento de dados na contratação de pessoal, abordando a responsabilização por este tratamento, prazos de conservação e o fornecimento de informações desabonadoras do empregado a terceiros. Em seguida, avalia o tratamento das informações de informação genética e formas derivadas de discriminação a partir do levantamento desses dados. Por último, examina o controle de videovigilância, do correio eletrônico e suas consequências no ambiente do trabalho quanto à contínua monitorização, apontando a posição dos tribunais e da jurisprudência de ambos os ordenamentos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVES: Controle nas relações de trabalho, videovigilância, privacidade do empregado.

RIASSUNTO

Le nuove tecnologie d'informazione e comunicazione (NTIC) hanno avuto un impatto significativo sui rapporti di lavoro, principalmente nel sistema giuridico portoghese. Questo studio aspira a paragonare questi aspetti con il sistema giuridico brasiliano, soprattutto per quanto riguarda le questioni provenute dalla tecnologia informativa e dalla privacy dei lavoratori, analizzando il potere di controllo dell'imprenditore, il risultato di questo rapporto e le sue conseguenze sul posto di lavoro. L'uso di nuovi strumenti tecnologici come la posta elettronica e l'Internet, ha proporzionato che l'impresario raccogliesse informazioni circa gli interessi e le preferenze dei lavoratori e controllasse dei siti più frequentati, svolgesse le formazioni di profili, e introducesse una sorveglianza discriminatoria con le molteplici sfaccettature dei lavoratori. Il sistema giuridico portoghese è stato un pioniere nell'affrontare questo problema, tanto nell'ambito costituzionale quanto nel nuovo codice del lavoro del 2009. Mentre il brasiliano si striscia in norme specifiche di protezione, utilizzando la giurisprudenza e essendo sussidiato dalle regole civile, garantendo il diritto alla privacy del lavoratore. Lo studio dato analizza inizialmente il trattamento dei dati nell'ammissione di personale, affrontando la responsabilità per questo trattamento, periodi di conservazione e la fornitura di

informações spregiatives sugli impiegati a terzi. Quindi valuta le tecniche di controllo dei lavoratori, e il trattamento delle informazioni genetiche e le forme di discriminazione derivative da questi dati di indagine. Infine, si ritiene che il controllo di videosorveglianza, posta elettronica e le sue conseguenze nell'ambiente di lavoro per la sorveglianza continua, indicando la posizione dei tribunali e la giurisprudenza di entrambe le giurisdizioni.

PAROLE CHIAVE: Controllo nei rapporti lavorative, videosorveglianza, privacy degli imprenditori.

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias midiáticas a partir dos anos 70 têm modificado nossa interação na esfera da comunicação virtual. O conceito de privacidade a partir da teoria de Warren e Brandeis, que alertou sobre os perigos no campo fotográfico e da bisbilhotice da mídia, exaltando o direito de ser deixado em paz, se alterou sensivelmente. A visão de abandono e isolamento, inicialmente aceita, se tornou primordialmente uma visão de escolha pessoal da hora de exibir-se, eis a essência da verdadeira liberdade. A visão clássica era de uma lógica proprietária, não se entrava na vida privada do indivíduo sem se apropriar de seu espaço interior, como se fosse um espaço físico. De um direito eminentemente burguês se transformou em um direito com uma face social. “Não mais exclusivamente busque o direito de ser deixado só, mas o direito das minorias políticas, culturais, sociais, de não ser discriminada por suas opiniões, hábitos, costumes. Ao longo dessa estrada a privacidade se revela mais nitidamente como uma componente essencial da liberdade contemporânea.” (tradução nossa) ¹.

Há dificuldade de se tutelar este direito eminentemente imaterial. A sua exigência vai além da visão proprietária, individualista, atingindo um cunho coletivo, se atribuindo uma forte tutela em alguns aspectos da esfera privada, a fim de se realizar uma proteção na esfera pública. A proibição de ser vigiado, de ser controlado por suas opiniões políticas, religiosas e sindicais reforçando o caráter de direito público. O patrão na esfera laboral não pode enquadrar seu empregado como comunista, ateu ou adúltero e em base em tal juízo, decidir se pode admiti-lo ou não. Também não pode utilizar estas ferramentas para decidir o seu futuro, pois usar tais parâmetros na avaliação do ambiente do trabalho é discriminação, a busca desse direito sai de uma esfera burguesa individualista, para defender a liberdade de expressão do cidadão e trabalhador.²

... o direito a privacidade é ligado fortemente ao da liberdade, seja individual ou coletiva. O meu direito a ser ‘deixado em paz’ torna-se a premissa necessária porque eu posso fazer livremente uma série de escolhas: inscrever-me em um partido político, a um sindicato, frequentar uma igreja, adotar um estilo de vida sexual e pessoal que eu prefiro, manifestar a minha preferência cultural sem que isto me faça correr o risco de discriminação e estigmatização social, negando-me a igualdade e o meu direito a ser cidadão em tudo idêntico aos outros. Não há importância o fato

de ser homossexual, refugiado político, fiel a um credo religioso adoentado de AIDS: este é um núcleo duro da esfera privada que deve ser respeitado, <ser deixado em paz>. (tradução nossa) ³

Não se pode apesar do avanço tecnológico e das vantagens da cibernética quanto à instalação de novas formas de comunicação, deixar que a erosão da privacidade seja considerada como algo natural, um fato da vida que somente as pessoas que tem algo a esconder defenderiam este direito. No caso do Brasil carente de diversos direitos sociais não se pode sugerir que a proteção de dados pessoais seja uma demanda de menor apelo. É claro que com uma série de outras necessidades básicas a serem satisfeitas em um universo de trabalhadores com pouco poder aquisitivo, predomina o interesse dos grandes grupos econômicos nas informações pessoais de um grupo seletivo com relativo poder de compra, a fim de criar perfis que possam atingir seus objetivos de lucro. ⁴

Nesse contexto, a princípio, se afastaria a demanda pela tutela a camada mais baixa da população. Tais fatores podem ser contestados no plano jurídico, tendo em vista que numa dimensão coletiva, tais direitos podem ser defendidos quanto à defesa das minorias e de certos estratos sociais que possam sofrer negação de acesso a serviços públicos, empregos e um isolamento social, em função de certas características ³ que não atendem a um determinado padrão financeiro pré-estabelecido.

Apesar do avanço de um arcabouço jurídico de proteção ao direito a ‘privacidade informativa’ no âmbito da União Européia⁵ e a introdução de princípios que regulam a proteção de dados pessoais em função das transformações e unificações das mídias informacionais, é necessário uma regulamentação cuidadosa, mas não limitante, de maneira que se possa viabilizar o instituto. Embora ocorra previsão constitucional e reconhecimento do direito a intimidade como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, tal temática não é abordada especificamente no âmbito cibernético. Tratou o instituto como liberdade positiva ao estatuir o habeas data (art. 5º. LXXII da CRFB) e como liberdade negativa a tratar da inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º XII da CRFB). Mas, não há uma legislação específica para tratar do uso de sistema de processamento de dados, e as violações a este direito são tratadas com uma normatização esparsa, incompleta e quase restritiva. A lei 7232 de 29 de outubro de 1984 já tratava no seu art. 3º § 2º, que a “a estruturação, a exploração de banco de dados será tratado por lei específica”, que até o momento não foi criada. No Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8078/90, temos assegurado ao consumidor o acesso as informações sobre ele no banco de dados de consumo arquivados, limitada a manutenção de tais registros por cinco anos.

A própria legislação infraconstitucional aborda pontualmente a matéria, nos casos específicos do sigilo bancário (caput do art. 38 da Lei n. 4594 de 31.12.64) e fiscal (art. 325 CP do CP e art. 137, §6º CRFB), sigilo das comunicações telemáticas (Lei 9296/96 e inciso XII do art. 5º da CRFB ⁶, além dos já abordados anteriormente. O habeas data talvez seja um dos instrumentos mais poderosos para garantia desse direito, pelo menos depois de instalada a lesão. Todavia, parte da doutrina afirma a necessidade de uma redefinição formal do instituto, visando sua pluralização, criando determinados procedimentos necessários a um sistema moderno e integrado de proteção de dados pessoais. ⁷

O controle dessas novas tecnologias nas relações do trabalho tem suscitado grandes discussões nas Organizações Internacionais e nos vários Estados da União Européia. A OIT debateu sobre o tema e estabeleceu princípios gerais aos quais podemos destacar: a) a necessidade dos dados pessoais serem tratados de forma lícita e leal, b) os dados serem colhidos a fim de garantir o bom funcionamento do sistema de informação e de não poderem ser usados em prejuízo dos trabalhadores e que estes tenham garantidos seus direitos quanto do seu recolhimento, c) são direitos irrenunciáveis pelos trabalhadores aqueles que digam respeito à proteção de sua vida privada.

As leis sobre proteção de dados podem ser agrupadas em três grupos, a primeira impondo limites para criação de fichários e recolhimentos de dados, a segunda caracterizada por normas mais abertas, introduzindo mais liberdade na criação de arquivos de dados pessoais, mas outorgando maiores garantias das pessoas terem acesso aos seus dados e o direito de retificá-los ou cancelar as informações inexatas ou impróprias, e no terceiro grupo temos textos internacionais para evitar que tais informações sejam tratadas em outros países, onde tais dados poderiam ser tratados sem a tutela protetiva devida. No Brasil, a lei n. 7232, de outubro de 1984, no seu art. 2º, VIII, dispõe sobre ‘o estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas’; mas esses instrumentos até o momento não foram regulamentados. O ideal seria que os dados armazenados fossem somente os relevantes para a relação laboral e que o consentimento do empregado fosse explicitado em documento hábil, sendo vedado que o empregador revele-se dados sobre vencimentos, rendas ou aspectos da vida privada e familiar.

As novas tecnologias de informação e comunicação tiveram impacto expressivo nas relações de trabalho, principalmente no ordenamento jurídico português. O presente trabalho pretende comparar simplificada-mente estes aspectos com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quanto à problemática advinda entre a tecnologia informacional e a privacida-

de dos trabalhadores, analisando o poder do controle do empregador e o resultado dessa relação e suas conseqüências no mundo do trabalho.

As últimas alterações tecnológicas alteraram significativamente o mundo empresarial e forneceram a oportunidade de um controle ilimitado na recolha e tratamento de dados pessoais. O uso de novas ferramentas tecnológicas como email e a internet, proporcionou que o empregador recolhesse informações quanto ao interesse e preferências dos trabalhadores e a verificação dos sites mais visitados, elaborando a formação de perfis, e introduzindo uma vigilância discriminatória a partir das múltiplas facetas dos trabalhadores. Esse novo tipo de controle eletrônico pode ser feito a distância, de forma oculta, com uma formatação contínua e mais intrusiva. Desta forma o uso de tais instrumentos pode não só alterar significativamente a estrutura e os processos empresariais, como originar uma profunda modificação no comportamento do quotidiano no local do trabalho. A questão que se apresenta é se a relação de trabalho típica conseguirá se defender de tal intromissão. Ademais, qual a reação do ordenamento jurídico perante esta inforevolução? ⁸ O ordenamento jurídico português foi pioneiro no enfrentamento desse problema, tanto na esfera constitucional, como no novo código de trabalho do ano de 2009. Já o brasileiro engatinha em uma normativa específica protetiva, utilizando a jurisprudência e subsidiariamente a normativa civil, na garantia do direito a intimidade do trabalhador.

O presente estudo analisa inicialmente, o tratamento de dados na contratação de pessoal, abordando a responsabilização por este tratamento, prazos de conservação e o fornecimento de informações desabonadoras do empregado a terceiros. Em seguida, avalia as técnicas de controle de entrada e saída dos trabalhadores, bem como o tratamento das informações colhidas nos exames médicos, inclusive a informação genética e formas derivadas de discriminação a partir do levantamento desses dados. Por último, examina o controle de videovigilância, do correio eletrônico e suas conseqüências no ambiente do trabalho quanto à contínua monitorização, apontando a posição dos tribunais e da jurisprudência de ambos os ordenamentos jurídicos.

1 TRATAMENTO DE DADOS NA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL.

A base para defesa à privacidade no ordenamento jurídico português é a Convenção Européia dos Direitos do Homem, aprovada pela lei n. 65/78, de 13 de outubro. No caso dos trabalhadores é o código de trabalho português atualizado em 2009, pela lei 99/2003. No ordenamento jurídico brasileiro temos a art.5º X da CRFB e o decreto lei n. 5452, de 1.º de maio de 1943 da CLT.

1.1 Na contratação do empregado

No ordenamento jurídico português, os casos em que não foi ainda celebrado o contrato de trabalho, na fase de seleção, as entidades contratantes têm legitimidade para tratar os dados pessoais de candidatos a emprego sempre que o façam no âmbito de diligências prévias a formação do contrato. Quando é o caso de empresas que intermediam a mão de obra, haverá igualmente legitimidade para o tratamento de dados se foi celebrado um contrato específico para este fim (que pode ou não oferecer encargos para o candidato) e se foi obtido consentimento inequívoco pelo futuro empregado. Não será legítimo o tratamento de dados que tenha em vista a contratação, quando esta seja contrária a lei, a ordem pública ou ofensiva aos bons costumes (cf. art. 280, n.1 do Código Civil Português). O artigo 483 da CLT também elenca possibilidades de rescisão do contrato pelo empregado quando forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato, mas não aborda questões da pré-seleção. Pelo Código Civil brasileiro no seu art. 421, a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ele se origina da vontade das partes e só se aperfeiçoa quando, pela transigência de cada um, os contratantes alcançam um acordo satisfatório a ambos e estejam imbuídos com os princípios de probidade e boa-fé (art. 422 do CC). Verifica-se que nos dois ordenamentos jurídicos há necessidade, quando da celebração do contrato de trabalho, de uma relação harmônica com respeito mútuo, o que também se exige no tratamento de dados.

No ordenamento jurídico português existe a obrigatoriedade que o tratamento de dados pessoais só pode ser efetuado se o seu titular tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento ou se foi necessário para diligências prévias à formação do contrato, o que não é explicitado claramente no brasileiro.

A empresa está obrigada a notificar a CNPD, órgão administrativo português, quando os dados coletados forem necessários para atividade ou seleção no ambiente laboral.⁹ Deve ser analisada a metodologia utilizada pela entidade empregadora para assegurar a contratação dos trabalhadores, e se essa é efetuada através de uma empresa terceira especializada no fornecimento desses serviços. Independente do formato utilizado há uma série de questões jurídicas pertinentes que abordaremos neste trabalho.¹⁰

1.2 Responsável pelo tratamento de dados.

Podemos definir conforme o art. 3º al. d da lei 67/98 que o responsável pelo tratamento é: a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinados por disposições legislativas ou regulamentares e ele deve ser indicado na lei de organização e funcionamento ou no estatuto da entidade legal ou estatutariamente competente para tratar os dados pessoais analisados. Neste caso, não resta dúvida quanto à responsabilidade da empresa que realiza o processo de contratação, sem recorrer a serviços de outras entidades. Da mesma forma, se por sua conta e risco ou por intermédio de tarefa de terceiros, publicita o interesse na contratação de pessoas para fim de emprego e convida os empregados a fornecer-lhe os seus dados pessoais. Mesmo que terceirize as atividades de: entrevista, apreciação de candidatos, realização de testes psicotécnicos ou exames médicos, não perde a empresa a qualidade de ‘responsável’. O ordenamento jurídico português, como já exposto, exige comunicação de qualquer utilização indevida no tratamento de dados e tal tem repercussões em diversas formas de contratação, conforme expomos a seguir.

No caso de ser terceirizado o serviço e o empregador der total autonomia e independência para a empresa especializada na contratação de pessoal, para selecionar certo perfil, categoria profissional ou capacidade técnica para o desempenho das funções, a responsabilização pelo tratamento de dados é desta última. Para o empregador é irrelevante quantos candidatos foram ou se resultou de outra forma de seleção. O recolhimento de dados pode ser feito através de obtenção de listagem de estabelecimento de ensino superior, por aceitação de currículos, por colocação de formulários em site da Internet ou através de trocas com outras empresas. A empresa contratada também é responsável pelas condições em que os dados são comunicados a terceiros e as normas de segurança necessárias a evitar o acesso indevido de dados pela concorrência. No caso da bolsa de empregos, não estando buscando tais informações para o preenchimento de um posto de trabalho específico, estas empresas recolhem informação heterogênea sobre o candidato, realizando testes psicotécnicos e estabelecendo o seu ‘perfil de empregado’ de forma a definir os postos de trabalho que pretendem ocupar.

Nesta situação, existe o perigo deste tratamento de dados, em vez de se assentar em critérios puramente profissionais, estabelecer perfis influenciados por critério subjetivos, inclusive discriminatórios, e comprometendo a delimitação objetiva quanto a prazos de atualização e de conservação da informação. No caso da internet, pode ocorrer uma responsabilização mista, tendo em vista que a inscrição para obtenção de um emprego ou o contato para

celebração do contrato pode ocorrer simultaneamente entre as empresas e entidades terceirizadas, para viabilizar o recebimento dessas informações.¹¹

O princípio da transparência nestes casos tem que estar presente. “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. (art. 2º Lei 67/98)”. A finalidade do tratamento de dados não pode ser genérica (dizendo apenas que se trata de contratação do pessoal), o titular tem o direito de controlar a utilização dos seus dados pessoais. É importante que esteja claro: a finalidade do tratamento, o carácter obrigatório ou facultativo do fornecimento desses dados, os destinatários ou as categorias a quem podem ser transmitidos, bem como, a forma que pode ser exercido o direito de acesso, de oposição, e de conservação dos mesmos. Deve ser explicitado se são apenas para uma única candidatura de emprego, o qual atingido sua finalidade devem ser imediatamente eliminados, ou se há previsão da possibilidade de serem aproveitados em nova oferta de emprego. No caso de recolhimento de dados junto a estabelecimento de ensino, caso não tenha sido autorizado pelo aluno ou seu representante legal é considerado tratamento ilícito, susceptível de ser sancionado criminalmente ou passível de integrar contra-ordenação. (multa)¹² Ressalta-se que a manifestação de vontade quanto a autorização do fornecimento de dados não devem prescindir uma exteriorização comprovada e será livre de qualquer tipo de coação, direta ou indireta. Neste caso, não se pode em um contrato de trabalho pré-impreso, estabelecer a obrigatoriedade desse fornecimento.¹³ A autorização tem que ser expressa.

No ordenamento jurídico pátrio não versa especificamente sobre esta matéria, mas a jurisprudência brasileira registra ação trabalhista de empregada que teve divulgado pelo ex-empregador informação desabonadora sobre sua conduta, perante as pessoas que ela buscou emprego. A 1ª turma do TRT da 3ª região entendeu que a “reclamada causou ao reclamante um dano moral gerador de conseqüências práticas, pois, além da violação da honra e boa fama, o autor teve cerceada a liberdade de exercer o seu ofício.” Tais ações atingiram um direito personalíssimo e não há como reverter os efeitos da lesão consumada. Embora não se possa recompor o ‘status quo’, a reclamada foi condenada a pagar os danos sofridos com uma indenização que foi calculada desde a despedida até a época em que se manifestaram os prejuízos sofridos, devendo expedir cartas às empresas, relacionadas nos autos do processo, dando boas referências e fornecendo ao autor carta de recomendação dos bons serviços prestados.¹⁴

Na celebração de contratos de trabalho, tanto no ordenamento jurídico português¹⁵ e brasileiro¹⁶ (nos caso utilizando a legislação civil como subsidiária)¹⁷ estão sempre previstas as regras de boa-fé, que pressupõe um princípio geral aplicável ao direito, que determina co-

mo as partes devem agir, consubstanciando o dever de lealdade e confiança. Tal relacionamento permeia todo o contrato, que deve ser observado ainda que aja um desequilíbrio na relação laboral, em função do poder potestativo do empregador.

O princípio da finalidade estabelece que os dados coletados devam ser utilizados com uma finalidade específica, o que exclui os dados para fins indeterminados ou vagos, e tais não podem ser utilizados contrariamente a lei. Devem possuir especificidade no seu recolhimento e serem indicados seus objetivos, não podendo sofrer tratamento de forma incompatível com seus fins. A Comissão de Dados de Proteção de Dados (CNPD) é a entidade portuguesa que compete avaliar se o tratamento de dados é compatível com a finalidade da recolha. A Lei Portuguesa, Espanhola, a Inglesa, a Norueguesa, a Italiana, e a própria directiva 95/46/CE, não estabelece como podemos regular esta compatibilidade, repetindo os estados membros apenas o texto da disposição comunitária. Neste caso o juízo de proporcionalidade deve estar presente.¹⁸ No caso de um candidato a emprego, seus dados não podem ser vendidos para uma empresa de marketing, que a partir da sua renda seja estabelecido um perfil para envio de propaganda por mala direta. É um exemplo claro de desvio de finalidade, pois em nenhum momento houve autorização do empregado para este uso indevido.

1.3 Direito de Oposição

Esse direito, consignado no art. 12º alínea a da Lei 67/98, tem relevância fundamental¹⁹ no tratamento de dados. Pode ser o caso do interessado, em função de determinadas circunstâncias, não querer a manutenção de dados pelo responsável. Essa situação, não pode colidir com a obrigação legal de conservação de informações sobre candidaturas a emprego ou comprometer o controle de aspectos de transparência (princípio da boa fé), de maneira a verificar casos de discriminação em função do sexo, raça ou etnia. Quando o titular for exercer o direito de retificação e de oposição é dado prazo razoável de utilização de dados.²⁰ Este é uma consequência do direito de cada cidadão poder controlar o destino de seus dados pessoais, é a manifestação da autotutela declarativa. Deve possibilitar ao titular de dados a recusa a responder qualquer tipo de inquérito ou sondagem (oposição a recolha), bem como a opor-se que seus dados sejam disponibilizados sem sua permissão, como no caso de comunicados a terceiros para fins de marketing (oposição a comunicação). A verdadeira dimensão da oposição se dá mesmo quando o tratamento é lícito e leal, podendo o titular apresentar casos de sua recusa. Quando o tratamento for ilícito e desleal, por si só, o tratamento já seria vedado. Tal entendimento tem sido consolidado pela jurisprudência europeia, com as sucessivas interpretações da Directiva 95/46/CE. Esse direito será distinto do direito de retificação, de apagamen-

to e de bloqueio, pois estes estão expostos no art. 22, alínea b da Lei 67/98, e podem ser obtidos do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos. Já a oposição justificada pode ser exercida a qualquer momento quando se verificar as “as razões ponderosas e legítimas” a que a lei se refere (art. 12º da Lei 68/98) ²¹. No Brasil foi efetuado um debate coletivo, através da internet, chamado de marco civil da internet²², que foi fonte para o projeto de lei 2.126/2011 que regulará as relações entre usuários e provedores. No seu art. 8 garante de maneira ampla o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet, mas não trata do direito de oposição as informações recolhidas pelos provedores de serviço, nem a responsabilização decorrente do vazamento das mesmas. Essa posição prejudica o usuário que terá seus dados expostos na rede até uma regularização tardia do provedor, em alguns casos, somente quando argüido judicialmente. E mais ainda, ao empregado que poderá ter seus dados indevidamente expostos a partir de perfis discriminatórios que venham inclusive impedir sua colocação no mercado de trabalho.

No ordenamento jurídico português o formulário de recolhimentos de dados geralmente é feito por escrito e deve obedecer ao art. 10, alínea nº 1 da Lei 67/98. Se for disponível na Internet, deve ser avisado que os dados pessoais podem circular na rede sem condições de segurança, correndo o risco de serem vistos e utilizados por terceiros não autorizados. (art. 10 n. 4 Lei 67/98). Existem situações em que os dados não são recolhidos junto aos seus titulares, como quando as empresas levantam currículos, principalmente dos alunos com as maiores notas nos estabelecimentos de ensino, neste caso, há necessidade de consentimento do aluno ou do seu representante legal. Não existindo esta permissão, tal tratamento é ilícito, sujeito a ser sancionado criminalmente ou sujeito a contra-ordenação, como anteriormente exemplificado.²³

1.4 Direito à Mentira

No ordenamento jurídico brasileiro, no seu art. 7º, inc. XXX da CRFB há norma que proíbe a diferenciação no critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a fim de evitar qualquer forma de segregação na seleção profissional.

No ordenamento jurídico português o Conselho Nacional de Proteção de Dados considera que momento da admissão, alguns dados tratados pela empresa são desnecessários e sem finalidade específica para atividade laboral, como: nome e profissão do cônjuge; número de filhos e idade dos mesmos; situação do contribuinte, incluindo a existência de dependentes ou de cônjuge deficientes; referências a conta bancária; desempenho de funções sindicais,

filiação ao sindicato e dados de saúde (se esteve doente nos últimos dois anos, quantas vezes, por quanto tempo, com que doença, qual o estado de saúde atual, se tem lesões permanentes e quais). Essas informações não se fazem necessárias para apreciação da capacidade e aptidão para o cargo em que se candidata o trabalhador.

A indicação da maternidade também foi considerada uma situação de discriminação em razão do sexo, em face da Lei 65/78 no art. 13º, 2º e 8º, no ordenamento jurídico português. No ordenamento jurídico brasileiro temos na CLT, no seu artigo 373-A, a proibição de se exigir atestado médico para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego²⁴. O médico, ainda que empregado da empresa, se tiver acesso a essa informação, deve mantê-la totalmente em sigilo, em favor da confidencialidade médico-paciente. Tal obrigação tem previsão no código de ética médica de 1988 e no novo com vigência a partir de 23 de março de 2010²⁵.

Há contratos de trabalho em que o empregado é obrigado a assinar que no caso das informações solicitadas sejam falsas, através do certificado de trabalho português entregue na admissão, caberia a nulidade do contrato. Essa situação seria cabível, ainda que se solicitassem informações que atingissem a intimidade do empregado? O empregado pode se omitir de responder, mas na realidade esta omissão não o excluiria do processo de seleção? São questões que analisaremos a seguir.

No ordenamento jurídico brasileiro, considera-se a nulidade parcial do contrato de trabalho nas questões que desvirtuar, impedir ou fraudar os direitos laborais previstos²⁶. No ordenamento jurídico português, também se prevê uma nulidade parcial, a fim de resguardar os direitos do empregado²⁷. Analisando, neste caso, os candidatos que prestaram informações falsas, com receio de serem excluídos em relação a aspectos não relevantes para a apreciação de sua aptidão, acerca de fatos acerca de sua intimidade ou questões discriminatórias, estas não anulam o contrato. Tal se traduz em um meio de autodefesa, contra uma conduta que não está em conformidade com a lei, que pode, indevidamente, ser determinante para um juízo negativo sobre a continuidade no processo de seleção. No ordenamento jurídico português pode ser justificado pelo artigo 16 do CTP, que exige do empregador guardar reserva quanto à intimidade da vida privada do empregado²⁸. Não há previsão na CLT para tal assertiva, mas se acredita que a mentira neste caso não afeta a relação de confidencialidade do contrato de trabalho, tendo em vista que os aspectos omitidos não afetam a relação laboral. São aspectos pessoais que o empregador não possui o poder potestativo de indagar.

Em termos de proteção de dados parece-nos que esta conduta do candidato é uma forma legítima de reação contra uma posição de supremacia da entidade empregadora que,

recolhendo dados excessivos e não pertinentes²⁹ viola o seu direito de autodeterminação informacional.

2 INFORMAÇÃO GENÉTICA

A descoberta nos últimos anos através da genética molecular tem demonstrado que a identidade genética é um dos aspectos de vulnerabilidade do indivíduo. O maior perigo em relação às técnicas biométricas está no domínio laboral em relação à formação de perfis que possam determinar predisposição do trabalhador para ser afetado por certos tipos de doenças. O genoma dá condições de obter dados acerca da “capacidade física, mental ou estado de saúde dos candidatos a um emprego ou sobre o coletivo dos trabalhadores de uma empresa. Pode ter-se conhecimento de quais as enfermidades futuras que pode sofrer um candidato a um emprego”³⁰. Tais coletas devem respeitar os princípios da inviolabilidade e da indisponibilidade do corpo humano, que tem previsão do art. 26 n° 3 da CRP, que garante: “a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.³¹ Não existe no mundo legislação que permita o livre e irrestrito acesso ao corpo humano com vida. No ordenamento jurídico laboral brasileiro não existe norma específica para este tema, mas baseada neste entendimento, a Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos, de 11 de novembro de 1997, traz em seu artigo 1° e 2°,³² o respeito à dignidade e aos direitos dos empregados no contrato de trabalho, independentemente de suas características genéticas.

O recolhimento de dados pelo empregador sem autorização do empregado atenta contra sua integridade física e constitui uma intromissão na sua vida privada³³. O art. 5° da convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina, aprovada em 19 de Outubro de 2000 pela Assembléia da República Portuguesa, exige que qualquer tratamento de dados quanto ao conteúdo genético do trabalhador deve ser efetuado após ter sido prestado o seu consentimento livre e esclarecido. A questão é até que ponto a permissão deste, sendo a parte hipossuficiência dessa relação, é válida? “A posição que um candidato a emprego ou o trabalhador se encontram são um bom exemplo da falta de liberdade de decisão, razão pela qual se justifica que a lei afaste qualquer dúvida que se possa colocar neste domínio”.³⁴

No âmbito das relações laborais os empregadores através de exames buscam determinadas informações genéticas e estas são verificadas no momento da contratação e no decurso do contrato de trabalho. Têm como objetivos: delimitar as características genéticas do candidato, detectar a existência de marcadores hereditários ou predisposições patológicas para

contrair certas doenças ou vir a padecer de certa incapacidade, realizar exames de controle em uma perspectiva de proteção de saúde para avaliar o impacto no ambiente profissional, no seu patrimônio genético, ou de sua saúde. Esses exames podem estabelecer um controle genético, destinados a identificar indivíduos que apresentem vantagens superiores ou inferiores, em relação ao normal, a determinados riscos no ambiente do trabalho ou a exposição a toxinas.

Há dois enfoques a serem abordados quanto aos riscos verificados por estes exames. O primeiro é quanto aos empregadores, e a preocupação prática de como se fará a exclusão de seus quadros dos empregados e candidatos, que apresentem propensão para certas doenças, como o cancro, as cardiopatias e perturbações mentais. Esta seleção discriminatória seria independente de qualquer relação entre as doenças e a atividade laboral, de maneira a reduzir os custos derivados destas enfermidades, bem como a responsabilidade por acidentes decorrentes dessas anomalias, como as doenças profissionais. Além de, prevenir prejuízos por baixas trabalhistas e aposentadorias antecipadas por enfermidade. O segundo aspecto é quanto o ponto de vista dos empregados, tais exames propiciam a prevenção e o tratamento das doenças levantadas, mas ao mesmo tempo cria um estigma, que a partir daí pode obrigá-los a renúncia de qualquer outro emprego, em função de sua identidade genética, ou pior, a criação de uma pirâmide genética social, onde somente determinadas funções são delegadas a determinados indivíduos.

Tal posicionamento carece de comprovação válida, tendo em vista que não se pode prever com rigor absoluto, que efeitos produzem esses ambientes na saúde e produtividade do trabalhador, em função do seu histórico genético. A exclusão com base na susceptibilidade ou debilidade para contrair determinada patologia não passa de mera suposição. A simples predisposição de contrair uma doença, não invalida ou reduz a capacidade de ocupar um posto de trabalho, podendo até se manifestar em pessoas que nunca sofrerão esta enfermidade, mas certamente, será motivo de segregação para o trabalhador.

A posição da doutrina é de que sejam negados tais exames baseado no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, que Portugal ratificou. Dentre outras razões: a de evitar a exclusão de candidatos baseados em circunstâncias que podem eventualmente, não se sabe quando, potenciar determinadas patologias³⁵. Igualmente, impede à rejeição à diversidade de indivíduos, afastando para o desemprego os suspeitos de determinada patologia, criando uma sociedade intolerante. Assim, protegendo a sua identidade genética a partir do princípio da proporcionalidade, privilegia a prevalência do direito da intimidade do indivíduo e a proteção da vida privada.³⁶

Na avaliação genética existe um fator de incerteza que não pode ser desprezado, ao ponto de ser usado como uma fonte de exclusões de um determinado posto de trabalho. Tais previsões podem depender de vários fatores externos e não conclusivos: uma transmissão genética no caso de doenças multifatoriais (alimentação e ambiente do trabalho), ou simples decurso do tempo (no caso dos genes patogênicos dominantes).

O ordenamento jurídico português baseado no art. 26 da CRP³⁷ não vislumbra que possa haver discriminação em função do seu patrimônio genético e o código de trabalho português também aponta a proibição de discriminação quando uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido, ou venha a ser dada a outra pessoa, em situação comparável.³⁸ O ordenamento jurídico brasileiro também proíbe quaisquer formas de discriminação, e tal se aplica a utilização de exames genéticos na esfera laboral, quando ocorre a situação apontada.³⁹

3 CONTROLE DE VIDEOVIGILANCIA E EMAIL

3.1 Monitorização do correio eletrônico.

A Portaria nº 148/95 do Ministério das Comunicações, define a Internet como o nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores. O correio eletrônico pode ser identificado como um mecanismo que auxilia a comunicação e a troca de informações à distância, entre as pessoas, através de uma rede. Cada usuário deste sistema possui um endereço eletrônico conhecido como email. Através de programas de computadores e de servidores, o usuário recebe e envia mensagens eletronicamente.

Há dois tipos de correio eletrônico: o profissional e o pessoal. O profissional é fornecido pela empresa como ferramenta de trabalho, pode ser acessado do local de trabalho e do serviço, e é efetuado o seu registro em sua razão social segundo as regras implantadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil. A pessoa jurídica detém a titularidade do nome do domínio, criando a partir daí seus endereços eletrônicos sob sua denominação social. Ressalta-se, que integra o patrimônio da empresa: seus equipamentos eletrônicos; o ativo de processamento, constituído por todos os elementos de hardware e software; e o ativo de informação, composto dos dados e informações geradas e manipuladas durante a execução dos sistemas e processos, produzidos internamente ou adquiridos. Depois de estabelecido o vínculo empregatício, à empresa concede o endereço eletrônico empresarial, colocando à disposição do funcio-

nário gratuitamente uma nova ferramenta em razão do contrato de trabalho existente, com a finalidade que seu conteúdo seja constituído de informações pertinentes a atividade profissional. Apesar de que, em muitos casos o empregado também o utilize para o uso pessoal.⁴⁰

Quanto ao email pessoal, neste é a pessoa física quem contrata os serviços de um provedor de acesso, com a finalidade de criar um endereço eletrônico pessoal. É de propriedade do empregado e não diz respeito à atividade da empresa, mas em alguns casos pode ser usado para tal, sem possuir o 'logo' do empregador. Sua natureza é pessoal, confidencial e seu interesse específico. A diferenciação dos dois se dá basicamente do ponto de vista patrimonial, mas com efeitos diferenciados na sua utilização.⁴¹ Este entendimento se aplica inclusive quando o email é acessado no computador de propriedade do empregador, mas que não pode ser violado, sob pena de caracterizar invasão de privacidade.

Há várias teorias quanto à confidencialidade do correio eletrônico. Diversos autores defendem a sua inviolabilidade, em função de se tratar de correspondência e como tal estar protegido pelo sigilo constitucional. Há aqueles que não entendem que o correio eletrônico seria protegido pelo princípio constitucional do sigilo, mas afirmam que sua inviolabilidade tem base na proteção constitucional da privacidade e intimidade do empregado. Parte significativa da doutrina defende a sua violabilidade e que esta poderia ocorrer com autorização judicial baseada na Lei nº 9.296/96. Entretanto, outros afirmam que seria equiparado à correspondência comercial e não estaria protegido pelo sigilo constitucional. Ainda haveria uma corrente dominante que entende que o correio eletrônico é um instrumento de trabalho, podendo ser fiscalizado pelo empregador, em função do seu poder diretivo.⁴² Tais posições serão abordadas a seguir.

A decisão do Juiz Douglas Alencar Rodrigues reforça o argumento de que o correio eletrônico não é equiparado às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF e não está sujeito a proteção constitucional, conforme a ementa de seu voto:

Se o *e-mail* é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF. **Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.** Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482)⁴³ (grifos nossos)

Observando o princípio da boa fé que rege o contrato de trabalho e o dever de colaboração no âmbito da prestação de serviços, devem ser estabelecidas às condições e termos de uso do email na política corporativa. Ou seja, se há permissão ou não da utilização do email corporativo para o uso privado. Neste contexto, a empresa dona do equipamento que acessa a rede é responsável pelos danos materiais e morais causados por atos de empregados, consoante Súmula 341 do STF⁴⁴. Portanto, se o empregado, através do correio eletrônico da empresa onde trabalha, remete uma mensagem com vírus ou com teor pornográfico, ou ainda, com informação sigilosa da empresa para terceiros e causa prejuízo, sua empregadora poderá ser obrigada a ressarcir os danos materiais e morais, sem contar o prejuízo para a sua marca, tendo em vista no corpo do email está levando seu nome.⁴⁵

Segundo Paredes, a empresa ao fornecer o email profissional espera que o empregado o utilize como um instrumento de trabalho e ao querer enviar mensagens particulares, deva utilizar o correio pessoal.

Admitir que o empregado possa fazer uso do email pessoal cuja utilização traz dispêndio a pessoa jurídica..., para fins particulares, sob o manto da inviolabilidade da vida privada, é o mesmo que permitir a utilização de material de expediente no estrito interesse particular do empregado.⁴⁶

É importante nestes casos que se estabeleça uma política transparente como anteriormente apontado. Quando houver admissão do empregado este deve ser informado, através de cláusula no contrato de trabalho ou de regulamento próprio, de que suas mensagens são de caráter não sigiloso, de uso apenas profissional e dependendo da situação podem ser acessadas pela empresa, mesmo aquelas que estão protegidas por senha. Esta condição vale para o correio enviado pelo empregado, mas no caso de correio recebido, tal entendimento não é válido, tendo em vista que o remetente pode ser estranho a empresa e desconhecer as regras impostas por essa corporação, afrontando esta invasão o direito a intimidade de terceiros.⁴⁷

Conforme as decisões anteriores apresentadas, temos como controvérsia à compatibilidade do art. 5º XII da CRFB, que considerou inviolável o direito de intimidade nos meios de comunicação pessoal e o sigilo da correspondência e não fez referência a utilização do correio eletrônico. Nesse caso, não há como diferenciar o correio postal do correio eletrônico e parte da doutrina entende que tal garantia deve ser estendida. Não é a posição da 7ª turma do TST, no caso de um Analista de suporte de determinada empresa que laborou entre junho de 2004 e março de 2005 e foi demitido por justa causa, acusado de fazer uso impróprio do computador. De acordo com a empresa, ele utilizava o equipamento de trabalho para participação

em salas de bate-papo na internet, no sítio de relacionamentos Orkut e para troca e leitura de mensagens de correio eletrônico com piadas grotescas e imagens inadequadas, como fotos de mulheres nuas. Segundo o relator do agravo, ministro Ives Gandra Martins Filho, o e-mail corporativo não se enquadra nas hipóteses previstas nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal (que tratam, respectivamente, da inviolabilidade da intimidade e do sigilo de correspondência), pois é uma ferramenta de trabalho e se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pela empresa, para utilização no local de trabalho. O ministro ressaltou que o empregado deve utilizar o correio eletrônico da empresa de forma adequada e respeitando os fins a que se destina, porque a empresa é responsável pela sua utilização como assinante do provedor de acesso à Internet, com observância da lei.⁴⁸

As justificativas dos doutrinadores que adotam a tese do tribunal é que o computador é equipamento de serviço e como tal, baseado no seu poder de direção, o empregador poderia checar as mensagens dos empregados, não se prestando as liberdades públicas ao acobertamento de ilicitudes.

Outra decisão diz respeito ao envio de email pessoal, não corporativo, mas enviado do computador da empresa. Neste caso não cabe a violação do mesmo, por ser de caráter pessoal. Segue ementa:

Justa Causa. Email se caracteriza como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5, inciso VIII). Um único email, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa.⁴⁹ (grifos nossos)

Posição minoritária da doutrina afirma que ainda que o email seja de propriedade da empresa, tal não tem permissão incondicional de acessar suas mensagens. O simples fato de ser uma ferramenta de trabalho não deve ser suficiente para permitir a interceptação de forma arbitrária pelo empregador, sob pena de ser considerada lesiva aos direitos fundamentais do trabalhador. Em determinadas circunstâncias e em casos excepcionais de abuso, é possível que o empresário possa conhecer o conteúdo desses e-mails. Defende-se que ainda que ocorram esses casos, essa intromissão não deve ser indiscriminada e regras específicas devem ser estabelecidas neste campo, por convenção ou acordo coletivo. Ressalta-se que no caso de acesso ao conteúdo do email dos empregados, este deve estar presente, ou o representante sindical, até porque os empregados não são obrigados a ficarem isolados do mundo quando estiverem em serviço, sem qualquer possibilidade de comunicação com a família e amigos. Não é adequado à comparação do email com uma ferramenta de trabalho, o trabalhador muitas vezes

usa por comodidade um único email para sua vida pessoal ou profissional, o que não acarreta prejuízo a empresa. Excessos devem ser evitados, mas em casos específicos, de maneira que não se utilize o meio eletrônico para acesso indiscriminado a vida privada do trabalhador.

Nesta decisão o tribunal afirma que por analogia, o caso equivale à escuta de conversa telefônica e o poder diretivo do empregador cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inciso VIII). O empregado teria direito ao uso social do email, que é um meio idôneo para comunicação pessoal, possibilitando condições ao trabalhador para que este possa comunicar-se fora da vigilância e controle da empresa, de forma razoável e desde que não traga prejuízos consideráveis à mesma.⁵⁰

Podemos citar uma decisão de relevância na 13ª Vara de Trabalho de Brasília que adotou a teoria dos frutos envenenados, que tem origem em decisão pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que entende que os vícios de uma determinada prova contaminam os demais meios probatórios que dela se originaram. Em decisão do STF, este afirma, que a prova ilícita é prova inidônea e imprestável e não há possibilidade de uso da mesma, em sede processual (STF, Ação Penal 307-3/DF, Plenário, relator Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995).

Temos ainda a citação expressa da respectiva teoria em outra decisão, na esfera penal: “a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree)”⁵¹, nas quais se fundou a condenação do paciente. (STF, HC 69.912-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 155/508). Também, na decisão referida na 13ª vara do trabalho, temos na 1ª instância o entendimento que a prova da justa causa praticada pelo empregado era ilícita segundo a teoria ‘dos frutos da árvore envenenada’, uma vez que a empresa, pelo princípio constitucional do sigilo das correspondências, não tem o direito de violar as correspondências eletrônicas de seus empregados. A conduta do empregado era injusta, mas a prova inadmissível no processo.

No julgamento do recurso, a 3ª turma do TRT da 10ª região reformou a decisão de forma unânime. A juíza entender que o dispositivo constitucional de sigilo da correspondência, não se aplica ao caso, “uma vez que todos os instrumentos são de propriedade da empresa e disponibilizados aos empregados para suas atividades, não existindo confidencialidade, motivo pelo qual não se configuraria a suposta violação à garantia da intimidade e à obtenção de provas por meio ilícito.”⁵² Ainda, afirma que esta forma de controle seria a maneira mais eficaz de proteger as informações que tramitam na empresa e de utilizar o mau uso da internet, podendo até causar danos à imagem da empresa. A juíza considerou que a utilização pessoal

do email enviada com conteúdo pornográfico, seria ato grave suficiente para a dispensa por justa causa, tendo em vista a total quebra de confiança entre empregador e empregado, tornando impossível a relação de emprego. Justificou que não existe confidencialidade no instrumento utilizado, pois o dispositivo constitucional que garante a intimidade não se aplica ao caso, já que todos os instrumentos são de propriedade da empresa e disponíveis aos empregados somente para suas atividades profissionais.

Com o recurso para Tribunal Superior do Trabalho (TST), este manteve a decisão de 2º instância, considerando que o correio eletrônico profissional tem natureza jurídica de uma ferramenta de trabalho e deve ser usado de maneira comedida para uso pessoal, desde que observados a moral e os bons costumes.⁵³

Tal posição ainda que referendada pelo Tribunal Superior deveria ser flexibilizada, pois a legitimação para o acesso ao email do trabalhador deveria ser o último recurso a ser utilizado pelo empregador e ser necessário que fosse efetuada na presença e com adesão do trabalhador ou com um representante da comissão de trabalhadores. Neste caso, podendo o trabalhador se negar ao acesso ou se opor a abrir email de caráter privado, posição de parte da doutrina portuguesa que abordaremos abaixo.

Podemos elencar como princípios aplicáveis a monitorização do correio eletrônico e internet, a partir do parecer 8/2001 de 13 de setembro de 2001, que foi concebido com a aplicação das medidas adotadas pela Diretiva 95/46/CE, relativas à proteção de dados⁵⁴: a) Necessidade: se é realmente indispensável à monitorização, tendo em vista que muitas vezes os métodos tradicionais de supervisão, menos intrusivos, já são suficientes para fiscalizar a atividade laboral. Só excepcionalmente a monitorização do correio eletrônico do trabalhador pode ser efetuado e se for o caso, seus dados devem ser guardados somente durante o tempo necessário para o fim específico necessário ao monitoramento. Igualmente, deve ser verificado se há outros métodos menos invasivos, b) finalidade e legitimidade: Os dados devem ser recolhidos com um fim específico e legítimo. Não podem ser utilizados de forma incompatível com estes fins, como para justificar a segurança do sistema e posteriormente ser utilizado para monitorar o comportamento do trabalhador, c) Transparência: Ser do conhecimento do empregado a política de monitorização. No caso da empresa permitir a utilização indiscriminada do email para fins privados, não impor limites à internet e se recusar a fazer qualquer tipo de controle, não precisa notificar os seus registros de comunicações (tratamentos) a CNPD, d) proporcionalidade: É necessário analisar o grau de risco que a empresa enfrenta, os dados pessoais devem ser pertinentes e não excessivos no que se refiram ao fim que se propõe. A tecnologia proporciona meios alternativos de controle, como fiscalização do nº de mensagens,

enviadas ou recebidas e o formato dos anexos, não há necessidade da leitura do conteúdo das mensagens, neste caso, exclui-se a monitorização geral. O fato de a empresa proibir a utilização do email para fins privados não dá o direito de abrir o email dirigido ao trabalhador. Não deve haver um controle permanente e sistemático dos emails dos empregados. A fiscalização deve ser pontual e direcionado para as áreas de maior risco da empresa, e) Segurança: garantir que os dados coletados são seguros e estão salvaguardados de intromissão externa. Eventuais controles fundamentados na divulgação de segredos comerciais devem ser direcionados exclusivamente para as pessoas que têm acesso a estes e apenas quando existem fundadas suspeitas.

No ordenamento jurídico português a posição em relação ao correio eletrónico é que estas devem ser abrangidas pelas noções de vida privada e correspondência, consoante o art. 1º e 8º da Convenção Europa. É importante que a empresa faculte aos trabalhadores a informação de como se dará o seu acesso ao correio eletrónico, dentre outras: a) se o trabalhador pode usar o email da empresa para uso pessoal, b) como se dará o acesso as suas mensagens, em casos excepcionais de sua ausência, c) como se dará o armazenamento de suas mensagens e por quanto tempo, bem como em que momento estas são definitivamente apagadas do servidor. d) que tipo de participação dos representantes dos trabalhadores deve ser adotada, quando da utilização de controles e acessos aos emails.⁵⁵

O direito ao sigilo da correspondência tem previsão no art. 34 da CRP, sendo direito inviolável excepcionado apenas nos casos de matéria de processo penal e através de decisão judicial. Nestes casos, devem ser observados os princípios de proporcionalidade, adequação e da determinabilidade, exigindo-se uma ponderação rigorosa da situação, devendo a restrição se submeter à proteção dos direitos e bens constitucionais e aos interesses que está na base da ação penal. O conteúdo deste direito se aplica a toda espécie de correspondência inclusive ao email, vedando inclusive o acesso pelo empregador, pois este não é o destinatário, nem o receptor da mensagem. Tais ações têm repercussões na esfera civil e na esfera penal, consoante o art. 194 do CPP. Sua proteção quanto ao sigilo abrange o tráfego da comunicação, sua duração, hora e os nomes dos intervenientes, sendo necessário o consentimento das partes para que terceiros possam ter acesso ao conteúdo. Uma decisão particularmente importante foi o acórdão do Tribunal constitucional nº 241/02 de 29 de maio de 2002. Nesta decisão foi considerada inconstitucional a quebra de sigilo solicitada pelo empregador através de despacho judicial, aplicando-se a norma do CPC a um operador de telecomunicações, sobre a dispensa de confidencialidade de dados pessoais na Internet, que diziam respeito ao utilizador, dados de tráfego e sobre a faturação detalhada do utilizador. O empregador é terceiro e o contrato de

trabalho não o transforma em um interlocutor da mensagem de seus empregados, seu acesso aos emails destes vulnera o sigilo das comunicações⁵⁶. Ou seja, o ordenamento jurídico português aponta alguns níveis de proteção de privacidade: “imposição do sigilo para todos os que pelas suas funções possam aceder ao conteúdo reservado da informação, proibição da intromissão no próprio conteúdo informacional; e [...] proibição, fora das condições legais, de qualquer contacto com instrumentos técnicos susceptíveis de realizar devassa informacional”⁵⁷.

É importante que os empregadores estabeleçam regras claras quanto à diferenciação entre os emails profissionais e pessoais. Parte da doutrina entende que no caso dos emails profissionais há possibilidade de controlar o conteúdo das mensagens, se houver política clara empresarial definindo a especificidade da utilização destes apenas para atividade laboral, mas determinado por alguns requisitos específicos. O principal é que se dê de maneira menos intrusiva possível, obedecendo ao princípio da finalidade, da compatibilidade e proporcionalidade. Pode-se acessar o email do empregado, mas tal deve ser de maneira excepcional, vedando-se controles arbitrários, indiscriminados ou exaustivos dos emails dos trabalhadores. No caso de não existir uma política clara sobre a utilização deste meio e o trabalhador o usar indiscriminadamente para fins profissionais e pessoais, a solução se apresenta diferentemente. Nesta situação está vedado pelo empregador o acesso aos dados pessoais do trabalhador, mediante o art. 34º da CRP e 22º do CTP. Esta intervenção só será legítima se não houver outras ações menos intrusivas que possam satisfazer o interesse do empregador e só se dará na presença do trabalhador e de um representante (a não ser que o trabalhador o dispense).⁵⁸

Devemos diferenciar o conteúdo de uma mensagem, com os dados de tráfego. Os últimos dizem respeito às informações fornecidas pelo remetente e aquelas geradas pelo email automaticamente. São dados colocados no cabeçalho do email, transmitido para quem o recebe com a própria mensagem. Apesar da decisão acima referida do Tribunal Constitucional Português, pode-se controlar alguns destes dados sem ferir um direito fundamental, como o sigilo das correspondências, tendo em vista que o acórdão 241/02 dizia respeito a registros efetuados no domicílio do trabalhador, diferente do caso abordado que tal verificação se dá no local de trabalho. Pode-se controlar o remetente das mensagens, assim como seu número, o assunto destas, e o número de permanência na rede. O controle nestas circunstâncias está dentro da não transgressão do princípio da boa fé que rege o contrato de trabalho e do poder potestativo do empregador, podendo inclusive ensejar a justa causa à utilização inadequada deste instrumento, que neste caso, configura a utilização abusiva de uma ferramenta de trabalho da

empresa (parte da doutrina considera o email como ferramenta), que se assemelha ao entendimento do ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁹

3.2 Os sistemas de videovigilância.

A legislação brasileira não proíbe que o empregador se utilize do seu poder de direção para introdução de aparelhos audiovisuais no controle da prestação de serviços. Pode ser utilizado para verificação da conduta do empregado e faz parte dos avanços tecnológicos, mas o seu uso não pode ser indistinto. Há certos locais que são privados por sua própria natureza, se destinam a refeição ou descanso do empregado, logo não se pode ter instalado um sistema de vídeo, por exemplo, em um banheiro, ou, em uma cantina. A invasão crescente na intimidade do empregado e a maior vigilância pessoal criaram o que a OIT denomina de ‘química da intrusão’, tornando-se necessários que estas novas tecnologias não sejam utilizadas com o objetivo de gravar, reproduzir ou divulgar aspectos do caráter privado do empregado. A fiscalização não deve ser efetuada de forma clandestina, sorrateira, sem o conhecimento do trabalhador, a fim de vigiar ostensiva e desnecessariamente todos os atos, palavras e movimentos deste. Os procedimentos auditivos em sua grande maioria são ilícitos, a não ser quando necessários para transmitir dados do sistema operativo, como ocorre com o piloto de aeronave. Mas, são considerados abusivos no caso de utilização de um microfone na lapela, ou no próprio notebook, ou ainda, quando ocorre um microfone instalado no teto do estabelecimento.

A utilização para videovigilância no ambiente de trabalho pode ser abordado nas seguintes vertentes: colocado para proteção de pessoas e bens em relação ao público em geral que frequenta o estabelecimento, ou direcionados a prevenção e obtenção de prova de furtos praticados pelos trabalhadores. No primeiro caso não há dúvida quanto à legitimidade da utilização, pode inclusive ser usado contra o trabalhador se também for captado suas imagens (câmera apontada para a loja, que verifica o trabalhador roubando o caixa). Já na segunda situação tem que haver justificativa para a utilização desse meio, fundamentada em um perigo concreto ou risco determinado, em que se verifique a proporcionalidade dos valores conflitantes.

O código de trabalho português estabelece a utilização de meio de vigilância a distância com a finalidade de controle do desempenho profissional do trabalhador. Mas, este controle deve ser efetuado com uma finalidade patrimonial, a fim de assegurar segurança a bens e pessoas, ou quando situações específicas o exijam O art. 21 do CTP prevê que a utilização deste meio deve ser adequada aos fins e objetivos a que se destinam, e durante o período de tempo necessário para atingir suas finalidades de utilização. No caso de transferência do

trabalhador ou da cessação do contrato de trabalho, os dados devem ser destruídos⁶⁰. Não se pode pressupor que o espaço de liberdade e de vida privada nos estabelecimentos que os trabalhadores prestam serviços pode ser violado a qualquer momento pelos instrumentos de controle visuais e auditivos. Esta conduta compelia o trabalhador a adotar certos comportamentos e se ressentir de outros, com receio de ser visto e gravado, criando uma situação de eterna vigilância, acarretando um sistema panóptico⁶¹, em que o trabalhador está em constante controle, sem saber quem vigia, como vigia e se vigia.

Boa parte da doutrina portuguesa considera o controle de dados pelo empregador como direito a autodeterminação informativa. Assim, é importante que se delimite tal controle avaliando a adoção, a medida da recolha, o armazenamento, o tratamento dos dados e a finalidade da utilização deste meio, priorizando métodos menos gravosos que atinjam o mesmo objetivo.

Não se pode aceitar um controle ‘orwelliano’, constante, insidioso e vexatório, cuja única justificativa seja a averiguação da atividade do trabalhador, pois tal não seria suficiente relevante para um controle audiovisual do comportamento do empregado. O Art. 20 do CTP prevê a vedação da observação no local de trabalho através de câmeras de televisão, sendo somente em casos excepcionais permitido. O emprego nestas situações deve ser indispensável para segurança de bens e serviços ou para a organização da produção, relacionadas especificamente com a natureza da atividade profissional, quando se trate de prevenir infrações graves. Há sérias dúvidas quando a legitimidade de instalação desses dispositivos em locais de trabalho não abertos ao público, de forma geral e indiscriminada. Se não houver um risco razoável para segurança de bens e serviços, não se poderão instalar sistemas de captação e imagem e de som. Assim, não cabe este controle para desincentivar os furtos de mercadorias e favorecer uma conduta diligente para trabalhador em áreas como sanitários ou vestiários. Deve ser restrito a determinados espaços geográficos, em zonas específicas de trabalho da empresa, e não onde se desenrola a vida íntima do trabalhador.⁶²

Neste caso, poderia haver um controle oculto através de câmeras? A princípio tal seria vedado por violar o princípio da boa fé empresarial, com previsão no art. 102 do CTP⁶³, tendo inclusive uma decisão no Acórdão da Relação de Lisboa, de 3 de maio de 2006, onde se decide da nulidade de provas obtidas sem consentimento do empregado, a partir de câmara oculta colocada no local do trabalho sem que tivesse afixada informação sobre tal sistema de vigilância. Mas, tal decisão não é unânime, o acórdão do STJ, de 9 de novembro de 1994, afirma que são “válidas as gravações de vídeo feitas pela dona de cassino, na sua propriedade em que explora a indústria de jogo de fortuna e azar, com finalidade de detecção de eventuais

anomalias no acesso a máquinas ou fichas de jogo” acrescentando que neste caso pode-se usar como meio de prova tal instrumento, sem considerar intromissão a vida privada de outrem.

Esta decisão que aceita a prova para fins disciplinares carece de algumas condições e só será aceita para casos que constituem ilícitos penais. Na situação apresentada, o trabalhador que exercia suas funções no bar de uma sala de jogo de um cassino, omitiu registro de parte das vendas efetuadas, ainda que não tenha se provado a apropriação de qualquer importância, tal foi suficiente para quebrar a relação de fidúcia do contrato e ensejar a demissão por justa causa. A questão é que a prova da referida demissão se deu a partir de controle audiovisual à distância, que foi desviado de sua finalidade inicial para captar os movimentos do autor, após algumas suspeitas iniciais. O tribunal entendeu que a legislação referente ao jogo possibilita a fiscalização de tudo nas suas salas, inclusive aos trabalhadores que lá prestam serviço. Moreira⁶⁴ discorda da referida posição alegando que a prova foi ilícita, e em consequência o despedimento também o foi. Entende que houve uma desvirtuação da finalidade originária. Festas⁶⁵ discorda, afirmando que não se trata de prova ilícita e considera que a videovigilância poderia ser utilizada para configurar o despedimento. Neste caso, ele entende que a vigilância ao trabalhador pode configurar como uma finalidade de proteção à segurança de pessoas e bens.

Não são situações excludentes, no primeiro caso havia o propósito de fiscalização do trabalhador, enquanto no segundo o propósito era apenas patrimonial, verificando as mesas de jogo do cassino e se haveria alguma fraude. Se não houvesse um desvio proposital para verificação da atividade do trabalhador, tal seria lícito, pois as câmaras estariam em local público, inclusive com avisos específicos de funcionamento. Mas no caso acima concordo com a autora que afirma que houve ilicitude no levantamento da prova, tendo em vista principalmente a previsão no art. 20 do CTP, que veda tal procedimento e da total falta de finalidade do controle, que foi desviado de sua função precípua, o qual era apenas de vigiar as mesas de jogo.

No ordenamento jurídico laboral brasileiro não há essa previsão, mas a jurisprudência tem se manifestado favorável a instalação do dispositivo audiovisual, tendo em vista a fiscalização dos empregados, na busca de melhor produtividade.⁶⁶ A doutrina tem mitigado esta posição.

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique através de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado. **Inadmissível é entender sob total controle do empregador e autorizar a introdução de aparelhos indistintamente.**⁶⁷ (grifos nossos)

Seguindo a posição do ordenamento jurídico português, Barros⁶⁸ aponta a permissividade do controle somente em casos excepcionais, mas, veda os destinados ao descanso do empregado, como em uma cantina ou banheiro. Não se pode a partir de uma visão patrimonialista e econômica colocar tais dispositivos indistintamente, inclusive em áreas específicas onde configura a vida privada do trabalhador. O TST julgou em 18 de agosto de 2010 o AIRR 40406220095030111, que se trata da colocação de uma câmara no banheiro masculino, que pode ser observada da portaria, com imagens de homens seminus, sendo a mesma direcionada para os vestiários, pias e espelhos, não havendo box individual. O juiz entendeu que a colocação de câmeras de vídeo; sem aviso explícito e sem o consentimento ainda que tácito dos empregados; seria a configuração de um ato atentatório à dignidade do trabalhador. Recebeu o trabalhador uma indenização de R\$ 1250,00, que é um valor pequeno para um dano de tal magnitude.

Em outra decisão da 1º turma do TST (RR-1263-2003-044-03-00.5) quanto à instalação de câmeras de filmagem no banheiro, o juiz de 1º instância afirma que a intenção do empregador era "ter o total controle de horários de trabalho, das saídas dos empregados para uso de banheiros, bem como com a finalidade de intimidá-los". Em sua defesa, a empresa alegou que não houve divulgação de imagens que pudessem provocar constrangimento ou "abalo à moral" ao empregado, porque as câmeras eram falsas. O ministro Walmir Oliveira da Costa, na sessão de julgamento, ressaltou que "o fato de não haver divulgação do evento danoso não significa desoneração da responsabilidade civil; ao contrário, se houvesse divulgação agravaria o dano e isso repercutiria na indenização - a divulgação é causa de agravamento", explicou. O relator Lélío Bentes concluiu que a "conduta da empresa extrapola os limites de seu poder de direção e, por si só, causa constrangimento ao empregado, com nítida violação do seu direito à intimidade", como estabelece o artigo 5º, X, da Constituição da República. Seu voto foi seguido pela 1ª Turma.

Podemos citar outra decisão de tribunal de 2º instância, que analisou a instalação de câmera de vídeo no banheiro dos empregados. A ementa do acórdão afirma que é justificável a fiscalização do empregado utilizando a videovigilância nas instalações onde executa suas tarefas, mas é limitado quanto ao uso do banheiro. Todavia, cabe a excepcionalidade da gravação quando o empregado viola suas obrigações, passando um tempo claramente desnecessário para fumar, ler ou realizar outras atividades. Mas, a instalação desses dispositivos deve ser colocada na porta dos lavabos, em lugares públicos insuscetíveis de visualização dos setores privados reservados aos empregados (serviços higiênicos, vestiários e zonas de descanso). A colocação de câmara de vídeo em vestiário utilizado pelos empregados provoca dano moral

resultante da afronta à intimidade desses trabalhadores, direito assegurado por preceito constitucional (art. 5º, X) e conceituado como a faculdade concedida às pessoas de se verem protegidas contra os olhos e ouvidos alheios. É importante que se utilize a vigilância eletrônica de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização⁶⁹.

Tal posição moderada há precedentes, tanto no ordenamento jurídico português e brasileiro que aceita o controle, como nas situações em que é necessário exercer o poder diretivo do empregador, através da vigilância da atividade do empregado e de sua produtividade. Mas, com a obrigatoriedade de garantir sua privacidade e consoante o princípio da proporcionalidade, há necessidade que este poder fiscalizador seja exercido em lugares públicos e de maneira que não ocorra uma vigilância constante, desnecessária e opressora.

4 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da internet, um novo paradigma se organiza em torno dessa tecnologia da informação. Desde seu início na década de 60 até os dias de hoje, ela se transformou em um meio que vai além da comunicação de massas, introduzindo uma nova forma de sociedade. Essa nova tecnologia desenvolveu-se rapidamente com uma aceleração sem precedentes em comparação com padrões históricos anteriores, conseguindo em menos de duas décadas conectar boa parte do mundo através dessa rede de informação. Ela age com penetrabilidade, moldando e se relacionando em todos os processos de nossa existência individual e coletiva, pois são integrantes de toda a atividade humana. Com a formação de um sistema altamente integrado, os usuários desta sociedade em rede agrupam-se em torno de organizações, empresas, instituições e da própria sociedade civil, para formar um novo paradigma sociotécnico.⁷⁰

Uma das conseqüências mais significativas desta nova formatação social é na garantia do direito à privacidade. A introdução do conceito da convergência digital, com várias mídias interagindo com milhões de usuários em tempo real, faz com que a informação permeie todos os aspectos da nossa vida cotidiana, sem um controle seguro de sua utilização.

Os novos processos informacionais oferecem uma gama de serviços e uma liberdade de expressão sem igual, mas entram em conflito com a realidade fática. A coleta de dados através dos cartões de crédito e de compras on line, bem como câmeras para vigilância e individualização do perfil de usuários navegantes através da rede, abrem possibilidades de interconexão entre os mais diversos bancos de dados, apontando para a formação e expansão progressiva de uma sociedade de controle, de vigilância e de classificação,⁷¹ inclusive no mundo do trabalho.

Não há vedação na legislação brasileira quanto à utilização do poder de direção do empregador para introdução de aparelhos audiovisuais no controle da prestação de serviços. Esse faz parte dos avanços tecnológicos, mas o seu uso não pode ser indistinto. A invasão crescente na intimidade do empregado e a maior vigilância pessoal exigem que estas novas tecnologias não sejam utilizadas com o objetivo de gravar, reproduzir ou divulgar aspectos do caráter privado do empregado e que a fiscalização não deva ser efetuada de forma clandestina, sem o conhecimento do trabalhador.

O ordenamento jurídico português e a própria União Européia tem avançado em criar um arcabouço legislativo de proteção aos dados do empregado garantindo seu direito a privacidade, tendo em vista o novo modelo informacional impor uma série de intrusões na esfera privada do indivíduo. Tal não tem acontecido no ordenamento jurídico brasileiro, que tem na sua formatação afastado uma regulação mais efetiva para a defesa do empregado, deixando ao poder potestativo do empregador impor as medidas necessárias a fim de atingir seu objetivo financeiro.

O presente trabalho aponta algumas sugestões do direito e da jurisprudência portuguesa que poderiam ser aproveitadas no direito brasileiro, principalmente no tratamento de dados sensíveis, audiovisuais e de correspondência pela internet. Ainda que o patrimônio e o risco do negócio recaiam sobre a empresa e esta se utilize de todos os instrumentos para garantir seu objetivo de lucro, é necessário que tal seja efetuado fora de uma ótica de extrema vigilância e precariedade na relação de trabalho, ferindo o princípio básico de fidedignidade que rege este relacionamento. Ademais, é necessária uma regulamentação efetiva quanto à transparência dos dados coletados, afim de que falsos perfis biográficos não sejam motivos de discriminação e catalogação do indivíduo, inclusive seus dados genéticos.

A solução desse problema vai além da alteração legislativa, mas passa por uma maior participação dos sindicatos neste processo, que muitas das vezes não estão preocupados com esta invasão, mas simplesmente com aspectos econômicos. Enquanto o legislador brasileiro não se manifesta com uma proteção efetiva na legislação ordinária, os trabalhadores devem exigir através das negociações coletivas de suas categorias que o direito a autodeterminação informática e a privacidade sejam respeitados e os órgãos de fiscalização atuem efetivamente, proibindo situações abusivas.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Ana A. M. *Correio Eletrônico Corporativo. Aspectos Jurídicos*. Núcleo de Direito Pontocom,. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- BARROS,Alice Monteiro de. *Proteção a intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.
- CALVO, Adriana Carrera. *O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 9 mar. 2011.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11a.ed. Trad.de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2008.
- _____. *O poder da identidade*. 6a.ed. Trad.de Klauss B.Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra. 2000.
- _____. *Fim de Milênio*. 5a.ed. Trad.de Klauss B.Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra. 2009.
- _____. *A galáxia da internet*. Trad. De Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CASTRO, Catarina Sarmento e: *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra: Almedina, 2005.
- DONEDA, Danilo. *Um código para proteção de dados pessoais na Itália*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 16, 2003.
- _____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GUERRA. Amadeu. *A Privacidade no Local de Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.
- LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- MOREIRA, Teresa Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Coimbra: Almedina, 2010.
- RODOTÀ, Stefano; MORAES Celina Bodin de Moraes(org.). *A vida na sociedade de vigilância*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *Intervista Su Privacy e Liberta*. Bari: Laterza, 2005.
- SAMPAIO, Jose Adercio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*, in 4 Harvard Law Review 193(1890).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil.

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, conforme decreto-lei 5452 de 1º de maio de 1943.

CC - Código Civil brasileiro consoante a lei nº 10.406/2002 de 10 de janeiro de 2002.

CNPD - Comissão Nacional de Proteção de Dados Português.

CRP - Constituição da República Portuguesa.

CPP - Código Penal Português, conforme decreto-lei nº 400/82, de 23 de Setembro, tendo sido republicado pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro de 2007.

CTP - Código de Trabalho Português conforme Lei nº 7/2009 de 12 de Fevereiro. de 2009.

TST - Tribunal Superior do Trabalho

1 RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e liberta*. Laterza: Roma, 2005, p. 10

2 RODOTÀ. Op. cit., p. 28.

3 RODOTÀ. Op. cit., p. 14.

4 DONEDA, Danilo, Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 29.

5 Diretiva 95/46/CE.

6 SAMPAIO, Jose Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 552-562.

7 DONEDA. Op. cit., p. 358, 359.

8 MOREIRA, Teresa Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 26, 39.

9 Lei 67/98 Artigo 1º e 27.º: da Lei 67/98 (lei portuguesa).

10 GUERRA, Amadeu. *A Privacidade no Local de Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 131.

11 GUERRA. Op. cit., p. 133-134.

12 GUERRA. Op. cit., p. 136.

13 CASTRO, Catarina Sarmento e: *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 261-262.

14 BARROS. Op. cit., p. 158.

15 Art. 227 do Código Civil Português e art. 119 n. 1 do CT afirmam: art. 227º(Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. Art. 1º CT-Fontes específicas: O contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, assim como aos usos laborais que não contrariem o princípio da boa fé. (grifos nossos)

16 O Código Civil aprovado, Lei nº 10.406 de 10/01/02, no seu art. 421 determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", enquanto que o artigo 422 dispõe que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé". Tal pode ser usado no âmbito das relações de trabalho consoante o art. 8 par. único da CLT: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste."

17 Conforme a CLT no seu Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (grifos nossos).

18 CASTRO. Op. cit., pg. 230, 231.

19 Art. 12 da Lei 67/98. O titular dos dados tem o direito de: a) Salvo disposição legal em contrário, e pelo menos nos casos referidos nas alíneas d) e e) do artigo 6.º, se opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados.

20 Art. 11 nº 1 da Lei 67/98. 1 - O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos. art. 227 do CC português e o art. 1 do CT): As partes nesta negociação estão sujeitas ao princípio da boa fé (grifos nossos).

21 CASTRO. Op. cit., pg. 254, 255.

22 <http://culturadigital.br/marcocivil/>

23 Recomendação do Conselho da Europa n. R(89) 2, relativa a proteção de dados para fins de emprego, adotada em 18 de janeiro de 1989 e Art. 37,38 e 43 n. 1 alínea a) e c) da Lei 67/98.

24 Art. 373-A. 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.

25 Resolução CFM nº 1.246, de janeiro de 1988. Artigo 11 do CEM. Resolução CFM Nº 1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90) Art.76.

26 Art. 9º da CLT.

-
- 27 Artigo 121.º do CTP: Invalidez parcial de contrato de trabalho.
- 28 Artigo 16.º do CP- Reserva da intimidade da vida privada.
- 29 art. 5. n. 1 al. b) e c) da Lei 67/98
- 30 PACHÉS, Fernando de Vicente. El derecho a la intimidad y la informática em el derecho informática, nº30-32, 1999, p. 323.
- 31 GUERRA. Op. cit., p. 223, 226.
- 32 Artigo 2- a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos independentemente de suas características genéticas. (grifos nossos).
- 33 Art. 17 Código de Trabalho Português.
- 34 GUERRA. Op. cit., p. 228.
- 35 art. 58 nº 1 da CRP.
- 36 GUERRA. Op. cit., p. 233, 234.
- 37 Artigo 26.1. 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.
- 38 art. 23 I a)– Para efeitos do presente Código, considera-se: a) Discriminação directa, sempre que, em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a **tratamento menos favorável** do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável;
- 39 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação.**
- 40 BARRETO, Ana A. M. *Correio Eletrônico Corporativo. Aspectos Jurídicos.* Núcleo de Direito Pontocom,. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- 41 MELO, Bruno H. C. de. *Fiscalização do Correio Eletrônico no ambiente de trabalho.* São Paulo: Sevanda, p. 33,34.
- 42 CALVO, Adriana Carrera. *O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho.* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6451>>. Acesso em: 9 mar. 2011.
- 43 Acórdão 3º Turma do TRT-DF-RO 0504/2002.
- 44 Súmula nº 341 STF - É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.
- 45 CALVO. Op. cit.
- 46 PAREDES, Marcus. Violação da Privacidade na Internet. Revista de Direito Privado, São Paulo:RT, nº 9, jan./mar. 2002, p. 199.
- 47 VARGAS, Luis Alberto de. *Direito de Privacidade do Correio Eletrônico no Local de Trabalho: o debate nos Estados Unidos.* Revista Trabalhista. Rio de Janeiro: Editora Forense e ANAMATRA, vol 1, jan/fev./março/2002.
- 48 AIRR-1542/2005-055-02-40.4 da 7ª turma do TST.
- 49 Acórdão nº 2000000387414, 37, vara de SP.
- 50 CALVO. Op. cit.
- 51 Teoria dos frutos da árvore envenenada.
- 52 CALVO. Op. cit.
- 53 1ª Turma do TST. Processo RR0613-2000-013-10-00-7. Elielson Lourenço de Nascimento vs. HSBC.
- 54 GUERRA. Op. cit., p.303 a 307.
- 55 GUERRA. Op. cit., p. 308.
- 56 MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador, Coimbra: Almedina, 2010, p. 782, 785, 787.
- 57 COSTA FARIA, José F. As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. *In Direito Penal da Comunicação(Alguns escritos)*, Coimbra: Ed. Coimbra, 1998, p. 169.
- 58 MOREIRA, op. cit., p. 795, 795.
- 59 MOREIRA. Op. cit., p. 796.
- 60 Artigo 21.º do CTP-Utilização de meios de vigilância à distância.
- 61 Panóptico, modelo de sistema de reclusão imaginado por Jeremy Bentham. Nesse esquema não seria mais necessária a reclusão nos moldes tradicionais, haveria a vigilância constante, ou a impressão de sua existência, haveria muito mais controle e este seria muito mais eficiente. O conceito do desenho permite a um vigilante observar todos os prisioneiros sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados.
- 62 MOREIRA, Op. cit., 486, 506, 517.
- 63 Artigo 102.º do CT- Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato de trabalho deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos culposamente causados.
- 64 MOREIRA, op. cit., p. 581.
- 65 FESTAS, David de O. *O direito a reserva d intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*, in ROA, Ano 64, vol. I/II, 2004, p. 44.
- 66 LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.
- 67BARROS. Op. cit., p. 80.
- 68 Ibidem.
- 69 Processo: 0102400-36.2008.5.03.0024 RO – RO, Data de Publicação: 23-06-2009 - DEJT - Página: 174, Órgão Julgador: Setima Turma, Tema: DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO, Relator: Alice Monteiro de Barros, Revisor: Maria Perpétua Capanema Ferreira de Melo.
- 70 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede.* São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 107-108.
- 71 RODOTÀ, Stefano; MORAES Celina Bodin de Moraes(org.). *A vida na sociedade de vigilância.* Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 146.