



O DIREITO À PRIVACIDADE DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E OS E-MAILS CORPORATIVOS: UMA VISÃO SOB O ASPECTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Leonardo Felipe de Melo Ribeiro Gomes Jorgetto¹
Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti²

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é examinar a proteção aos direitos da personalidade, em especial o da privacidade, em relação aos dados pessoais sensíveis no monitoramento de e-mails corporativos no ambiente do trabalho. Para o desenvolvimento da pesquisa realizou-se a análise da doutrina, legislação e da jurisprudência nacional. Verificou-se que na sociedade atual é necessário um reenquadramento do conceito de privacidade. A importância da proteção desses dados na Sociedade da Informação é evidente e, o General Data Protection Regulation da União Europeia nos mostra isso, mas, infelizmente, entendemos que os nossos Tribunais não tratam a matéria com a profundidade necessária.

Palavras-chave: Sociedade da informação, direitos da personalidade, e-mail corporativo, dados pessoais sensíveis, direito à privacidade

THE RIGHT TO PRIVACY OF PERSONAL DATA AND CORPORATE E-MAIL: A VIEW UNDER THE ASPECT OF PERSONALITY RIGHTS IN THE INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT

The objective of this research is to examine the protection of personality rights, especially privacy, in relation to personal data in the monitoring of corporate emails in the work environment. For the development of the research the analysis of doctrine, legislation and national jurisprudence was made. Nowadays, a re-framing of concept of privacy is necessary. The importance of protecting such data in the Information Society is evident and the European Data Protection Regulation of the European Union confirms that, but unfortunately we can see that our Courts do not treat the matter to the depth it deserves.

Keywords: Information society, personality rights, corporate email, personal data, right to privacy.

¹ * Graduado em Direito pela Universidade São Marcos (2002), especialista em Direito Constitucional e Político pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2013), mestrando em Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2019) e professor de graduação em Direito no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogado e sócio do escritório de advocacia Xavier de Sá Advogados.

² ** Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (1994), mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é advogada no Escritório Cavalcanti e Cavalcanti Advogados. Professora da graduação, Pós-graduação e Mestrado das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU e professora convidada da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA). Membro efetivo da Comissão de Biodireito e Biotecnologia da OAB/SP.



1. INTRODUÇÃO

Vivemos atualmente imersos em enormes mudanças sociais trazidas pelo avanço da Sociedade da Informação, cujo Direito ainda não consegue acompanhar totalmente.

Novos conflitos aparecem e tais conflitos impulsionam mudanças legislativas e jurisprudenciais a todo momento. Por vezes antigos conflitos são vistos de maneira diferente pelo Poder Judiciário que modificam a nossa própria forma de viver no mundo líquido que nos encontramos.

A Sociedade da Informação provoca a mudança do paradigma tecnológico, cultural, social, comportamental e laboral a todo instante, pois essa é a sua própria natureza.

A mudança desse paradigma nem sempre é célere, mas no mundo globalizado em que nos encontramos os efeitos parecem como uma onda a crescer a medida que a observamos. O Direito tem uma tendência a ser mais estático do que dinâmico pela sua natureza conservadora e, por isso, tem certa dificuldade em renunciar aos antigos mandamentos, sendo cauteloso no que tange a transformação.

Os Direitos da Personalidade foram firmemente fixados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, porém sua compreensão evoluiu com o tempo para englobar mudanças sociais das mais variadas. Atualmente os Direitos da Personalidade enfrentam um grande desafio no que concerne ao conceito de privacidade na Sociedade da Informação.

A privacidade sempre mereceu destacada proteção no nosso ordenamento jurídico, sendo alçada a direito fundamental além da proteção específica no Código Civil. Essa proteção à privacidade encontra vários desafios a medida que o conceito de privacidade acaba por se modificar com o advento da Sociedade da Informação. Nas palavras de Manuel Castells, a “sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática.”, ou seja os meios de comunicação digital importam na destruição de antigos muros conceituais que hoje não conseguem resistir mais aos anseios dessa rápida mudança.

O próprio conceito de e-mail (“electronic mail” ou “carta eletrônica”) nasce da velha epístola de papel, eivada de sentimentos e segredos. Hoje a comunicação eletrônica tem um caráter muito mais informativo, dada a velocidade do meio, porém sem deixar de lado o seu caráter íntimo, razão pela qual merece proteção especial da nossa legislação.

Porém, como veremos ainda existem problemas referentes a diferenciação na proteção à privacidade relativa a e-mails particulares e e-mails corporativos.



Serão examinados casos concretos a esse respeito, conforme o pensamento da jurisprudência laboral bem como possíveis problemas referentes a essa proteção.

Também analisaremos de maneira bastante rápida uma mudança paradigmática legislativa em que há um reforço da proteção aos dados privados, colocando a vida e dados privados do indivíduo como centro dessa proteção. Essa mudança tem ocorrido de maneira lenta no Brasil, mas na Europa já há mais de uma década se busca uma maior proteção desses dados digitais.

Novamente, devemos apresentar esse artigo como um início de discussão a respeito dessa proteção aos direitos da personalidade em que usamos a título de comparação três aspectos: 1) Os conceitos sobre direitos da personalidade e suas proteções; 2) Os julgados do nosso Tribunal Superior do Trabalho; e 3) Uma nova forma de pensar a proteção dos dados privados advindos das mudanças legislativas ocorridas na Comunidade Europeia.

2. Breves apontamentos sobre aspectos dos Direitos da Personalidade

Para iniciarmos o presente trabalho, é importante delimitarmos alguns conceitos básicos a começar sobre o próprio conceito de direitos da personalidade, a qual nos socorremos a BITTAR (2003, p. 11):

São prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam num dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária. Outrossim, são inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, segundo a melhor doutrina e o artigo 11 do Código Civil.

Dessa feita, temos que os direitos da personalidade fazem parte da própria natureza humana, da imagem que o homem tem de si e por isso inatos, cabendo ao Estado meramente positivizar tais direitos para proteção face o poder público e entre particulares (BITTAR, 2003, p.7).

Portanto, os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária, a não ser em hipóteses previstas em lei.

Por essa razão, a proteção ao direito da personalidade no que tange a troca de correspondência tem inegável importância, eis que essa troca de correspondência, seja



eletrônica ou não, vai além da funcionalidade, muitas vezes carrega sentimentos e intimidades, conforme bem nos lembra FARIAS (2000, p. 240):

“a intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)”.

Por fim, devemos apontar ainda que existem três grupos em que os direitos da personalidade podem ser classificados: direitos à integridade física, direitos à integridade intelectual e direitos à integridade moral (FRANÇA, 1988, p. 1029), sendo certo que o direito a vida privada, vinculado à integridade moral do indivíduo, será objeto de análise mais aprofundada.

3. Direito à Privacidade

Entre os diversos direitos da personalidade, o direito à vida privada talvez seja aquele que mais sofreu abusos com o avanço da sociedade da informação, posto que foi naturalmente mitigado por conta da virtualização das relações sociais e da velocidade com que essas relações se transformaram. De certa forma o ser humano cuja dignidade é princípio constitucional matriz (PIOVESAN, 2000, p. 54) viu o espaço privado diminuir a medida que a era digital avançou.

Essa diminuição da esfera da privacidade condiz parcialmente com a teoria dos círculos concêntricos de Heinrich Hubmann, que preconiza o sentimento de privacidade como círculos com graus diferentes de densidade em que o círculo maior se refere a privacidade, o círculo intermediário ao segredo e o menor, nuclear, se refere à intimidade (SZANIAWSKI, 1993, p. 337). Posteriormente tal teoria foi mais desenvolvida por Heinrich Henkel que formou os círculos concêntricos de maneira a ter na esfera mais interior o segredo, na esfera intermediária a intimidade e na esfera mais externa a privacidade stricto sensu.

Por esse pensamento, a esfera mais externa seria a da privacidade que conteria as relações mais rasas, em que o interlocutor do sujeito de direitos teria acesso a certos dados comuns a todos que tenham algum tipo de contato relativos a convivência normal do mundo moderno e que excluiria apenas aqueles que não tem contato algum com o referido sujeito de



direitos enquanto a esfera intermediária, da intimidade, conteria dados disponíveis ao círculo mais íntimo de convivência contendo aqui informações relativas a sigilo familiar, profissional e algumas ligações telefônicas. Já a esfera do segredo, a esfera mais íntima, abrangeria informações que não são normalmente compartilhadas com outros indivíduos como por exemplo a opção sexual e política.

Têm-se, por impositivo lógico, que quanto mais interna for a esfera, maior deverá ser sua proteção e portanto maior poderá ser o dano no caso de sua violação. O problema começa a surgir quando os limites entre esses níveis de privacidade deixam de ser claros por conta de fatores tanto internos quanto externos referentes as mudanças sociais de nossa sociedade líquida.

4. O Direito a Privacidade e a Vigilância Líquida.

Como fator intrínseco, em verdade, abrimos mão de certos direitos ao adentrarmos no mundo digital. Conforme foi muito bem anotado por BAUMAN (2013, p. 30), o velho pesadelo pan-óptico de “Nunca estar sozinho” foi substituído pela esperança de “Nunca mais vou ficar sozinho” e tal mudança de pensamento gera um inevitável questionamento sobre como (e se) deve ser limitado o espaço privado a partir da própria autonomia da vontade, que nos coloca na posição de vulnerabilidade orwelliana, mas ao mesmo tempo nos dá acesso à sociedade digital.

Abrimos mão de parte de nossa privacidade para participarmos ativamente de uma sociedade que exige a nossa visibilidade não apenas como paga pelos benefícios do consumo mas também como valoração do indivíduo no meio ambiente virtual. Mas como isso ocorre e o nível de autonomia que nos leva a sacrificar parte de nossa privacidade em favor de um ingresso na sociedade da informação ainda é uma questão de difícil exame. O grande problema se dá também no nível de consciência que temos do sacrifício que fazemos por conta justamente de uma anomia sobre a privacidade e a multitude de ferramentas de interação social presentes na internet.

Há uma clara diminuição do grau de densidade da privacidade nas relações sociais pela rede e, de acordo com BAUMAN (2013, p. 28), o sacrifício da privacidade pode ser o pagamento do preço por maravilhas oferecidas ou uma irresistível pressão social de sacrificar a autonomia pessoal no que tange ao manejo de sua própria privacidade a ponto de apenas



alguns poucos indivíduos conseguirem resistir, relegando a maioria de nós a condição de ovelhas oferecidas em troca.

Portanto, é bastante fácil de se imaginar situações tanto em que o indivíduo de bom grado diminui o círculo de proteção à sua vida privada, visando ganhos numa sociedade que valoriza a exposição e também casos em que ele não tem consciência do sacrifício dessa privacidade, agindo sem uma escolha consciente dos limites ampliados por ele mesmo.

Vale apontar que essa vontade do indivíduo em se expor não é absoluta. Muitas vezes o indivíduo sacrifica sua privacidade no mundo virtual de modo parcial, ou seja, ele abre mão de certos aspectos e informações relativas a informações e dados privados, mas não necessariamente todos os dados. Alguns dados muito embora o usuário o coloque no meio ambiente virtual não espera, conscientemente, que sejam utilizados a revelia da sua vontade.

Importante também ressaltarmos que há hoje uma tendência de definirmos melhor a privacidade no ambiente virtual, em especial no que tange os chamados dados sensíveis, que merecem uma melhor definição frente à sociedade da informação e os direitos da personalidade.

A esse respeito urge traçarmos linhas demarcatórias, ainda que frágeis, para que possamos estudar no campo teórico a construção do que seriam os dados sensíveis no âmbito dos direitos da personalidade na sociedade da informação sob os auspícios da doutrina e legislação.

5. Dados sensíveis na Sociedade da Informação

Surge uma nova categoria de dados relativos à personalidade em resposta a fragilização dos direitos da personalidade, mormente o direito à privacidade, no ambiente da sociedade da informação. Essa categoria que a doutrina e a legislação chama de dados sensíveis é melhor definido como determinado dado de informação que, conhecido e processado, poderia potencialmente ser utilizado de maneira discriminatória ou especialmente lesiva representando maiores riscos potenciais para o indivíduo do que na média o seriam dados não sensíveis (DONEDA, 2006, p. 160).

Dessa feita, informações que afetariam o indivíduo de maneira, que poderia causar grande perturbação em sua vida pessoal e social seriam chamados de dados sensíveis e tais são definidos no General Data Protection Regulation europeu que entrou em vigor em 25 de maio de 2018 da seguinte forma:



Artigo 9 (1) - É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa. (PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

Essa compreensão de especificidade dos dados sensíveis está presente também no projeto de lei 5.276/16, apensado ao projeto de lei 4.060/12 que aguarda apreciação pelo Senado Federal e trata sobre proteção de dados pessoais, em seu artigo 5º, inciso III³ define dados sensíveis como os dados pessoais sobre origem racial, étnica, opiniões religiosas, políticas e filosóficas bem como dados sobre saúde, vida sexual, genética e biométrica do titular e filiações a organizações políticas, sindicais e religiosas.

Dessa forma pode-se perceber que há um movimento no sentido de criar proteções específicas para informações privadas sensíveis, ainda que essa proteção não possa ser absoluta, tanto a legislação europeia como o projeto de lei brasileiro tendem a proteger o núcleo dos dados sensíveis, salvo algumas exceções como no caso de haver consentimento livre, inequívoco, informado, expresso e específico do titular para o uso desses dados. Nas mesmas bases o General Data Protection Regulation europeu também exige aprovação explícita do titular para o processamento desses dados e, entre outras exceções menos abrangentes, cria a exceção para o caso desse tratamento se referir a dados pessoais que tenham sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular. Tanto no corpo legislação como nas exceções ao uso dessa categoria de dados privados é inegável que a vontade do legislador é de que os dados sensíveis merecem proteção especial e devem ser tratados como uma categoria a parte no direito à privacidade, uma categoria mais frágil pela sua natureza e que, portanto, é merecedora de uma proteção legal mais robusta vinculando-se as exceções do uso de dados sensíveis por terceiros a casos muito específicos e ao aspecto volitivo do titular do direito, ou seja, como regra a proteção aos dados sensíveis atende à proteção da privacidade do indivíduo como valor inicial degradando-se apenas nos casos previstos em lei e pela expressa e inequívoca vontade do titular. Há que se notar que não há nas legislações

³ Art. 5º - Para os fins desta Lei, considera-se: (...) III - dados sensíveis: dados pessoais sobre origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos;



aqui apresentadas nenhuma hipótese específica de suspensão da proteção dos dados sensíveis no que tange a correspondência eletrônica corporativa.

A esse respeito podemos agora levar a discussão da relativização da privacidade na relação trabalhista, mais especificamente na falta de privacidade no uso de e-mail corporativo pelo empregado.

6. Privacidade no Ambiente de Trabalho.

O poder diretivo do empregador é um elemento essencial do vínculo trabalhista e tem, pelo outro lado, o dever de subordinação do empregado e se encontra positivado no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas⁴.

Tal poder diretivo supõe que o empregador pode fiscalizar, comandar e disciplinar o empregado no ambiente de trabalho portanto ele “tem direitos não sobre a sua pessoa, mas sobre o modo como a sua atividade é exercida.” (NASCIMENTO, 1997, p. 432). Tal relação, é claro, não pode ofender os princípios constitucionais como da proteção da dignidade da pessoa humana e, no nosso caso em estudo, sua ramificação na privacidade relacionada aos direitos da personalidade. Há limites, por óbvio ao exercício do poder diretivo do empregador.

Relativamente ao uso de e-mail privado do empregado, não se questiona que é defeso ao empregador examinar seu conteúdo, porém no que tange ao chamado e-mail corporativo o entendimento é diverso de acordo com a maioria dos julgados e doutrinadores.

Vale a pena fazer um pequeno adendo para diferenciar o e-mail particular do e-mail corporativo. O chamado e-mail particular em detrimento ao e-mail corporativo, é aquele que o indivíduo mantém independente da sua relação com o empregador, cujo fornecedor é diverso e o próprio mantenedor é outro que não o seu empregador. É o e-mail que tem outra empresa como fornecedora, mantenedora e servidora de tecnologia e que não aquela a quem o empregado presta serviços laborais. São comuns no Brasil os servidores de e-mail empresas como Terra, Universo Online, Microsoft (Hotmail) e Google (Gmail). O e-mail corporativo é aquele em que o empregador fornece o cadastro e os meios de acesso ao empregado (em geral por meio de login e senha), bem como mantém e dirige o servidor de e-mail. Dessa forma, o e-mail corporativo é fornecido ao empregado como ferramenta de uso voltado ao labor e vinculado a atividade exercida pelo empregado. Nesse passo é interessante trazer o pensamento doutrinário a esse respeito:

⁴ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.



“durante o horário de trabalho o empregado está à disposição do empregador. Deve produzir aquilo que o empregador lhe pede. Logo, pode ser fiscalizado para verificar se não está enviando e-mails para outras pessoas sem qualquer relação com o serviço, pois está sendo pago para trabalhar e não para se divertir.” (MARTINS, 2005, p. 228)

Importante ressaltar, portanto, que o poder diretivo do empregador é focado na realização da prestação e não sobre a pessoa do empregado, não devendo, em tese, levar em conta o conteúdo sensível do e-mail.

Ainda assim, é praticamente pacífica a jurisprudência no que tange a desobrigação de proteção à privacidade, por parte da empresa fornecedora do servidor de e-mail. O pensamento corrente é que o empregador tem apenas o dever de informar o empregado que o e-mail corporativo poderá ser examinado e vigiado a qualquer tempo, ou seja, o poder diretivo do empregador se estende ao uso do e-mail corporativo, sendo muito comum o pensamento de que “a fiscalização do e-mail corporativo insere-se no direito potestativo do empregador, não havendo que se falar em violação de correspondência ou invasão de privacidade”⁵

Não há, portanto, uma análise concreta da violação do direito da personalidade quando se trata do e-mail corporativo, bastando saber que o e-mail corporativo é, em sua totalidade, um apêndice do poder diretivo do empregador. Por esse raciocínio, o empregado abre mão da sua privacidade ao dispor do mail corporativo, de maneira tácita, sob qualquer aspecto. Ele concorda com os termos de conduta do empregador e, deixa aos auspícios do empregador, o uso pessoal ou não que faz do e-mail, mera ferramenta laboral fornecida pelo empregador. De fato, fica entendido muitas vezes que o empregado não pode usar o e-mail corporativo de maneira pessoal conforme se depreende da seguinte decisão: “Não houve invasão da privacidade do empregado, porquanto esse meio de comunicação estava restrito ao uso profissional, cujo conteúdo é de interesse do empregador e de responsabilidade do usuário do sistema. (sic)”⁶.

As decisões aqui mencionadas são amostras do pensamento pacificado do Tribunal Superior do Trabalho no que tange a inadequação da proteção à privacidade no uso de e-mails corporativos.

⁵ Raciocínio encontrado no julgado: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 81100-26.2007.5.02.0462. 2ª T. Rel. Delaíde Miranda Arantes. Publicado em 05/04/2015.

⁶ Outro exemplo do pensamento a esse respeito, encontrado dessa vez em: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1461-48.2010.5.10.0003. 3ª T. Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte. Publicado em 27/02/2015.



Por outro lado, nenhuma das decisões estudadas levou em conta as características específicas da proteção ao direito da personalidade, mormente no que tange a dados sensíveis, enquanto direito inalienável, irrenunciável e indisponível e também a penetração do uso de ferramentas informacionais como uma nova realidade. O uso de e-mail hoje não é mais visto, por quem quer que o use, como uma ferramenta específica de labor, por exemplo, mas como uma realidade quase intuitiva de conexão do mundo virtual. A expressão de PECK (2016, p. 97) de que não existe mais hipossuficiente na forma como era tratado e enxergado há 30 anos na tecnologia digital e privacidade deve ser entendida de maneira restritiva, pois ao mesmo tempo que já não podemos tratar todo usuário como um desconhecedor completo dos limites de uso da informática na sociedade digital, também devemos compreender que certas ferramentas digitais se tornaram parte essencial da vida social. A diferenciação crua entre e-mail particular e e-mail corporativo talvez não seja tão simples como faz pensar os nossos Tribunais, mormente como normalmente acontece de se proibir o uso de e-mail particular no ambiente de trabalho. Nos casos estudados é patente o uso de e-mail corporativo como se fosse e-mail particular⁷. Não obstante esse apontamento, ainda temos a questão da hipossuficiência na própria relação de emprego, como bem apontam DE SICCO e BARRETO JÚNIOR (2009, p.46) no que tange justamente a questão da pressão do empregador e o aceite do empregado ao uso de e-mail corporativo e a perda de sua privacidade ao usá-lo:

A importância do emprego para o trabalhador é indiscutível, e, por esse motivo, cede a determinadas violações em sua liberdade, à subordinação e muitas vezes à coação econômica que o empregador exerce. A cada dia, pois, os trabalhadores estão mais vulneráveis às violações de seus direitos humanos.

Os autores concluem ainda que a sombra do desemprego povoa a mente dos trabalhadores o que dá azo ao abuso de direitos individuais por parte dos empregadores em muitos casos (DE SICCO; BARRETO JÚNIOR, 2009, p. 46).

Essa conclusão, examinada sob a luz dos julgados sobre o tema nos leva a pensar que o problema da violação do direito à privacidade deve ser visualizado de maneira mais complexa, sobretudo por se tratar de um direito fundamental do ser humano. E nesse contexto que a União Européia começou a tratar da privacidade no meio digital.

⁷ Nesse sentido, a pesquisa desenvolvida demonstra esse entendimento pacificado que exemplificamos com os seguintes julgados: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 20584-95.2014.5.04.0023. 6ª T. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga. Publicado em 17/02/2017; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 366-23.2014.5.09.0018. 5ª T. Rel. Antonio José de Barros Levenhagen. Publicado em 30/09/2016; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 374-12.2011.5.01.0023. 2ª T. Rel. Cláudio Armando Couce de Menezes. Publicado em 26/06/2015.



7. União Européia e a Questão de Privacidade Digital

A questão da proteção da privacidade nos e-mails corporativos varia muito entre os países. Não é objeto do presente artigo aprofundar o Direito Comparado nesse ponto, porém faz-se necessário, para construir o raciocínio, explicar ainda que de maneira sucinta a mutação no pensamento a respeito do tratamento de dados digitais e a privacidade.

Não vamos examinar os casos dos Estados Unidos da América, cujo pensamento a respeito do uso de e-mail corporativo é bastante próximo ao dos nossos Tribunais, ou seja, espera-se que não haja expectativa de proteção à privacidade no uso de e-mail corporativo posto que o indivíduo espera uma invasão na sua esfera privada quando usa um e-mail corporativo. Porém devemos notar que mesmo nos Estados Unidos da América começa a surgir uma preocupação referente a proteção de dados pessoais em decorrência do uso indevido desses dados para finalidades outras que não informadas aos usuários, como ocorreu recentemente no caso do Facebook e a empresa de consultoria Cambridge Analytica em que foram expostos cerca de 40 milhões de dados de usuários do Facebook por intermédio de um simples aplicativo que encontrou uma falha sistêmica na rede social permitindo que a Cambridge Analytica tivesse acesso não apenas aos dados dos usuários que usaram o aplicativo, mas também de seus amigos com a complacência do Facebook (WESTBY, 2018). Esses dados foram posteriormente utilizados para fazer um perfil eleitoral com o intuito de criar estratégias de marketing para ajudar o candidato republicano Donald Trump. O ponto essencial aqui é perceber que dados privados, ainda que no caso nem mesmo sejam dados sensíveis, foram utilizados sem a anuência dos usuários e tal fato criou enorme discussão nos Estados Unidos da América sobre os limites do uso de dados privados no meio ambiente digital.

O assombro dos norte-americanos se deu em muito pela utilização de dados privados que não foram fornecidos pelos usuários de forma direta, mas também se percebe que o cuidado com dados privados deve ser levado muito mais a sério, conforme se nota da seguinte assertiva da conceituada revista Forbes (WESTBY, 2018):

American's are finally, finally coming to understand the power of Big Data.(...) They are starting to understand that their own preferences and those of their friends and family can be hoovered up and stored in perpetuity and fed through algorithms to produce manipulative messaging intended to move beliefs and influence actions.



Porém mais clara é a mudança do pensamento sobre proteção de dados no caso da União Europeia, que vamos examinar um pouco mais.

Existe uma preocupação da União Europeia com os chamados dados sensíveis e seu uso pelas corporações. Foi adotada em 1995 pela União Europeia a chamada Directive 95/46/EC (EUR-LEX ACCESS TO EUROPEAN LAW, 1995) cujo escopo é a proteção de dados pessoais contendo entre alguns pontos o uso de dados apenas se o usuário assim permitir e ainda assim apenas se necessário ao objetivo perseguido. Como se vê, já em 1995 havia uma enorme preocupação com o desvio de finalidade do uso de dados pessoais sensíveis, focando muito mais na questão em si, de quais dados são sensíveis e como deve ser usado do que no veículo utilizado.

De fato esse quadro deverá ser modificado ainda mais na Europa, pois em 25 de maio de 2018 entrou em vigor o General Data Protection Regulation (COUNCIL OF EUROPEAN UNION INTERINSTITUTIONAL FILE, 2016), adotado pelo Parlamento Europeu em 27 de abril de 2016 e que irá substituir a Directive 95/46/EC elevando ainda mais a proteção à privacidade de dados digitais.

A título de melhor compreender essa reforma, faz-se necessário entender também o que são os dados pessoais objeto de proteção, e a esse ponto nos reportamos a definição dada pelo própria Comissão Europeia que tratou do assunto:

“Personal data is any information relating to an individual, whether it relates to his or her private, professional or public life. It can be anything from a name, a photo, an email address, bank details, your posts on social networking websites, your medical information, or your computer's IP address. The EU Charter of Fundamental Rights says that everyone has the right to personal data protection in all aspects of life: at home, at work, whilst shopping, when receiving medical treatment, at a police station or on the Internet.” (COUNCIL OF EUROPEAN UNION INTERINSTITUTIONAL FILE, 2016)

Podemos observar claramente que existe uma enorme preocupação com a privacidade dos dados em si (notemos como há enorme conotação na igualdade de proteção aos dados, seja em local público ou ambiente de trabalho), e essa preocupação tomou uma nova dimensão com o General Data Protection Regulation que, por exemplo, cria obrigações referentes ao uso de dados pelos controladores e também cria uma categoria especial, conforma já explicado, de dados sensíveis. O direito ao esquecimento é uma dessas obrigações, salvo exceções impostas no item 65 que inclui a necessidade de reter dados para



defesa legal, por exemplo. Outro dado importante é que o General Data Protection Regulation exige uma anuência clara do usuário para o uso de dados particulares.

Todo esse arcabouço protetivo visa diminuir o abuso ao direito fundamental a privacidade e, cabe notar mais uma vez, tem como escopo informação sensível e privada.

Essa experiência europeia foi trazida aqui para demonstrar como, ao menos na Europa, busca-se a proteção da privacidade do indivíduo, ainda que subjetivamente ele expanda o esfera da sua intimidade para fora do seu alcance. E, principalmente, como o olhar jurídico está nos dados em si, e não em como eles vieram ao controlador dos dados.

Nesse passo, é patente o conflito com os julgados e a doutrina brasileira que apenas observa a proveniência da violação dos dados privado.

8. Considerações Finais

O presente artigo apenas tenta traçar um panorama atualizado da relação entre os direitos da personalidade, mais especificamente o direito a privacidade, e a possibilidade de sua violação pelo empregador no que tange o uso de e-mail corporativo.

A esse respeito a primeira conclusão que podemos tirar é que há, de fato, uma diminuição na densidade da esfera de privacidade quando se utiliza um e-mail corporativo para atividades privadas. Dessa forma, dependendo do regulamento do empregador pode ser até mesmo proibido o uso da ferramenta corporativa para uso particular e privado.

Nesse ponto, não há como negar que não é de pronto uma violação ao direito da personalidade o acesso ao e-mail corporativo do empregado, mas tampouco o acesso a certas informações privadas por parte do empregador no registro de e-mail corporativo do empregado deveria ser considerado o exercício do poder diretivo.

Essa é uma questão sensível demais para ser examinada de maneira simples como vem sendo feito pelos nossos Tribunais. É certo que o monitoramento de e-mails corporativos, até certo ponto, pode e deve ser feito por quem é o controlador, eis que é uma ferramenta de trabalho e como tal é de propriedade do controlador (aqui empregador), porém o processamento e uso de dados sensíveis e alienígenas ao labor deve ser examinado com cautela pois os dados privados ali contidos não são de propriedade do empregador.

Ainda que acreditemos como Bauman no suicídio do anonimato em troca de benesses da vida digital pública é certo também que o próprio autor aponta para vezes em que



caminhamos para o matadouro da nossa privacidade sem saber que o fazemos. E muitas vezes é o que ocorre no uso do e-mail corporativo.

Como lembrado no artigo, a relação trabalhista cria uma inegável condição de hipossuficiência do empregado que aceita expandir o círculo de sua privacidade no uso do e-mail corporativo em troca de seu emprego e que essa razão por si só já ensejaria uma necessária revisão do conceito de privacidade nesses casos.

Há um indiscriminado monitoramento dos dados utilizados nos e-mails corporativos sob o argumento de que o e-mail corporativo é de propriedade do empregador, quando na verdade isso não viabiliza a violação do direito a privacidade dos dados ali contidos. O que há na verdade é a expansão do conceito de privacidade, mas ainda assim no nosso entender, sob certos limites.

Nem sempre o uso do e-mail corporativo, caso não tenha um filtro, é uma anuência do empregado ao acesso de seus dados pessoais, em especial da dados sensíveis. Dados bancários sensíveis, envio de e-mails por terceiros que não tiveram a anuência do indivíduo para enviar tal e-mail e outros casos análogos não podem ser analisados sob a mesma perspectiva de uso indiscriminado e danoso aos objetivos da empresa.

Temos ainda casos em que o empregado utiliza o e-mail corporativo fora do ambiente físico de trabalho, o que fugiria em tese do escopo da função diretiva do empregador e, mesmo nesse caso, não existe uma análise diferenciada.

Os julgados aqui trazidos e estudados passaram ao largo de uma discussão mais profunda a esse respeito, limitando-se ao binômio e-mail corporativo e o direito do empregador em monitorar o e-mail funcional fornecido aos seus empregados.

Se o e-mail corporativo deve ser apenas uma ferramenta de trabalho, deve o empregador tomar as providências para que assim seja utilizado pois do contrário parecerá que o fornecimento de acesso ao e-mail corporativo é também uma forma insidiosa do empregador controlar informações sobre a vida privada de seus empregados. Aliás esse é o pensamento e o raciocínio que trouxe uma maior proteção aos dados privados em boa parte do globo, de que o fornecedor de serviços digitais não pode ter acesso irrestrito e trabalhar dados sensíveis ainda que esses dados tenham sido processados no meio da miríade de dados fornecidos por usuários que não deram sua expressa e inequívoca aceitação de que, especificamente esses dados sensíveis poderiam ser utilizados de maneira irrestrita.



Na Europa já se discute há alguns anos a proteção de dados digitais e a tendência é que haja um reforço na proteção existente, independente do ambiente em que se dá o uso desses dados. Há uma tentativa de melhorar a legislação a esse respeito, sempre focando no indivíduo e na sua proteção.

As informações sensíveis, sejam provenientes de e-mail corporativo ou particular, devem ser tratadas não apenas de acordo com a sua gênese, mas também do seu objeto e não há ainda no Brasil uma rede de proteção a esses dados privados, deixando-se ao talante do controlador o uso desses dados, no caso da relação de emprego e os e-mails corporativos, ao contrário da tendência europeia de limitar o poder do controlador dos dados em ter acesso irrestrito à privacidade do usuário.

Quiçá a mudança que o General Data Protection Regulation proverá na Europa possa inspirar o nosso Poder Legislativo a levar mais a sério a questão da privacidade de dados digitais ou ao menos inspire-nos a discutir mais a sério a questão da privacidade nos e-mails corporativos.

9. Referências Bibliográficas.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco, *Atualidade do conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica*. In: Liliana Minardi Paesani. (Org.). *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Rio de Janeiro. 01/05/1943

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.060/12. *Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>> .

Acesso em: 04 abr. 2018. Texto Original.



BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 81100-26.2007.5.02.0462. 2ª T. Rel. Delaíde Miranda Arantes. Publicado em 05/04/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 374-12.2011.5.01.0023. 2ª T. Rel. Cláudio Armando Couce de Menezes. Publicado em 26/06/2015

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1461-48.2010.5.10.0003. 3ª T. Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte. Publicado em 27/02/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 366-23.2014.5.09.0018. 5ª T. Rel. Antonio José de Barros Levenhagen. Publicado em 30/09/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 20584-95.2014.5.04.0023. 6ª T. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga. Publicado em 17/02/2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. P.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede - a Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

COUNCIL OF EUROPEAN UNION INTERINSTITUTIONAL FILE. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*. Disponível em <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/en/pdf>>. Acessado em 02/12/2017.

DE SICCO, Christiane de Fátima Aparecida Souza; BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. *Direito à Privacidade do Trabalhador na Sociedade da Informação*. FMU Direito – Revista Eletrônica. [on-line] V. 23. N. 31. São Paulo, SP. FMU DIREITO, 2009. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/43>> ISSN 2316 – 1515. Acessado em 01/12/2017

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 13ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena in FIUZA, Ricardo (coords.). *Novo Código Civil Comentado*. 5 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



EUR-LEX ACCESS TO EUROPEAN LAW. *Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.* Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acessado em: 02/12/2017.

EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASE DATABASE. *Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users control of their data and to cut costs for businesses.* Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm?locale=en>. Acessado em: 02/12/2017

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

FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 1988.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática, 2ª Edição.* Coimbra. Almedina, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho.* 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1997

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE,* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>. Acesso em 04 abr 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital,* 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais;* 8ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2012

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993



WESTBY, Jody. *Here's What's Amazing About The Facebook Cambridge Analytica Story*. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/jodywestby/2018/03/27/what-is-amazing-about-the-facebook-cambridge-analytica-story/#2a0cf49e7d34>>. Acesso em 04 abr 2017.