

5

O direito à privacidade do empregado e a liberdade de gestão empresarial: controle das comunicações eletrônicas *

Elvio Araujo Oliveira

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense – UPT (Porto, Portugal). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cidade de São Paulo (São Paulo, Brasil). Analista Judiciário – Área Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas, São Paulo, Brasil). Atualmente cedido ao Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Teresina, Piauí, Brasil). Assessor de Desembargador.

RESUMO

O presente artigo possui como tema central o controle das comunicações eletrônicas pelo empregador no ambiente laboral. O objetivo do trabalho é realizar a análise crítico-reflexiva do regime de proteção do direito à privacidade do empregado, em confronto com o direito à liberdade de gestão empresarial. A metodologia aplicada foi descritiva e explicativa, por meio da coleta de dados na doutrina, legislação e jurisprudência. Com a investigação verifica-se que os critérios da transparência, finalidade e proporcionalidade devem ser balizadores no controle das mensagens pelo empregador de forma a compatibilizar o direito fundamental do trabalhador à reserva da intimidade da vida privada e o poder diretivo do empregador, por meio da ponderação de interesses. Conclui-se que, apesar das novas formas de controle empresarial advindas das

* Artigo publicado na Revista de Ciências Jurídicas e Sociais – FIURJ, v. 2 n. 2 (2021), em 20/08/2021.

tecnologias da informática, o ordenamento jurídico português e, em especial, a jurisprudência tem trilhado no sentido de proteger de forma adequada a confidencialidade das mensagens eletrônicas do empregado.

Palavras-chave: Direito à privacidade; Liberdade de gestão empresarial; Mensagens eletrônicas; Controle do empregador; Ponderação de interesses.

Introdução

Com o desenvolvimento tecnológico, cada vez mais as relações de trabalho são marcadas pelo uso de novas ferramentas, em especial ligadas à informática. A modernização tornou a utilização do computador e das comunicações eletrônicas, como *e-mail*, *messenger* e *skype*, ferramentas quase que indispensáveis na prestação de serviços.

Por outro lado, a capacidade de inspeção do empregador também foi visivelmente ampliada, por meio, por exemplo, do acesso e guarda das mensagens eletrônicas e endereços de sites visitados pelo empregado, uso de câmeras de vídeo, GPS, controle de chamadas telefônicas, geometria da mão e da face etc.

É inegável que a dinâmica nas relações de trabalho é afetada de forma direta com as novas tecnologias de informação, o que traz como consequência a necessidade de contínua evolução do Direito do Trabalho, na busca de harmonizar o poder diretivo do empregador e o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.

A fim de delimitação do objeto do trabalho, será feita a abordagem específica do controle das comunicações eletrônicas pelo empregador, quanto ao acesso às mensagens de correio eletrônico.

Neste cenário, busca-se investigar como compatibilizar a utilização de novos meios tecnológicos pelo empregador no controle das mensagens eletrônicas do empregado e o direito à privacidade do trabalhador.

Para o alcance desta questão será feito o enquadramento jurídico do direito à privacidade, como direito constitucional fundamental, bem como a análise da tutela dos direitos da personalidade no Código Civil e no Código do Trabalho. Em seguida, a investigação prosseguirá na averiguação dos reflexos do princípio da livre iniciativa econômica e da liberdade de empresa no contrato de trabalho, bem como a caracterização dos poderes do empregador. Em prosseguimento, o artigo abordará as formas de controle das mensagens eletrônicas pelo empregador e suas limitações legais estabelecidas no Código do Trabalho. Além disso, serão elencados os critérios de como pode ser realizada a vigilância às mensagens de e-mail, de modo a preservar a sua confidencialidade e permitir, de igual modo, o respeito ao poder de autogestão e fiscalização da empresa. Ao final, será traçado um breve comparativo entre a jurisprudência em Portugal e no Brasil, quanto ao controle das comunicações eletrônicas no ambiente do trabalho.

Direito à privacidade: direito fundamental e da personalidade

O bem jurídico principal tutelado pelo direito à privacidade é a dignidade da pessoa humana. Trata-se de direito subjetivo, inerente a todo ser humano, valor fundamental da Constituição da República Portuguesa (CRP), previsto no seu art. 1º, bem como reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12º) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 7º e 11º).

A dignidade da pessoa humana é “um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, constituindo um mínimo invulnerável que

todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações” (MORAES, 1997, p. 60).

Assim, a dignidade remete à garantia das necessidades básicas do cidadão, como ser dotado de autonomia, constituindo um atributo da personalidade.

Neste contexto, revela-se primordial a proteção legal desses direitos essenciais do ser humano, no qual se insere o direito à privacidade. A privacidade, apesar de se tratar de um conceito aberto, com várias denominações,¹ abrange aspectos relacionados à intimidade e a vida privada da pessoa, em suas mais variadas dimensões como dados pessoais, relações afetivas, identidade genética, comunicações de todo meio (físicas e eletrônicas), vida patrimonial (CARVALHO, 2016, p. 285).

No âmbito da legislação portuguesa, tanto na Constituição da República (artigo 26º e 35º), como no Código Civil (artigo 80º) e no Código do Trabalho (artigo 16º a 22º e 170º), existem regulamentações quanto à tutela do direito à privacidade.

Com efeito, no art. 26º da CRP, dentro do capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, é reconhecido o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (número 1), além da autorização para a lei infraconstitucional estabelecer “garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias” (número 2).

1 O direito à privacidade possui várias acepções como direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito de estar só, *right of privacy*, *right to be alone* ou *right to be let alone*, *droit à la vie privée*, *diritto alla riservatezza* e *derecho a la esfera secreta*, conforme indicado por MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/3424>. Acesso em: 25 mar. 2021.

É importante destacar que a Constituição faz referência, no que tange as garantias de proteção, a defesa das informações pessoais, tanto na perspectiva do acesso às informações quanto às divulgações, não se restringindo aos aspectos da vida íntima (MORI, 2009, p. 21).

Além disso, o art. 26º, nº 3, da CRP ainda determina que a lei deve resguardar a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, frente ao desenvolvimento tecnológico, sob a perspectiva de direito da personalidade. Amaury Mori (2009, p. 22) ao comentar a referida regulamentação defende que:

parece cabível interpretar este dispositivo como reforço da tutela jurídica aos direitos da personalidade, dentre os quais o direito à intimidade, contra a má utilização das tecnologias, ainda que não conducentes à experimentação científica. Afinal, a identidade genética do ser humano faz parte do que lhe pode ser considerado íntimo.

Outro dispositivo constitucional relevante, na proteção à privacidade, diz respeito à vedação na utilização da informática para tratamento de dados da vida privada (proteção dos dados pessoais e à auto-determinação informativa), salvo em casos de consentimento expreso do titular, autorização legal ou processamento de dados estatísticos não identificáveis de forma individual (artigo 35º, nº 3).

Por seu turno, o Código Civil trata no art. 70º e seguintes da tutela geral dos direitos da personalidade. O direito geral da personalidade corresponde, conforme Rabindranath de Sousa:

O direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v. g. da

sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameçam ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida (SOUSA, 1995, pp. 93-94).

Estes direitos da personalidade abrangem o direito à privacidade, nos termos do art. 80º do Código Civil, com o estabelecimento do dever de todos em respeitar a intimidade da vida privada do outro. Referida perspectiva civilista se soma a vertente da proteção constitucional (art. 26º, CRP) que garantiu a todos o direito à intimidade.

Ao tratar sobre a extensão da reserva da intimidade da vida privada, o legislador estabeleceu que a mesma se define conforme a natureza do caso e a condição das pessoas (art. 80º, nº 2 do CC). Guilherme Dray ao tratar do tema defende que “o círculo da reserva da intimidade da vida privada não é uniforme e não segue padrões absolutos: a reserva deve ser definida consoante a natureza do caso (DRAY, 2019, p. 75).

No que tange ao Código do Trabalho português, desde 2003 e com a posterior substituição pelo Código de 2009, houve a sistematização específica dos direitos da personalidade do trabalhador, a partir do art. 14º, como proteção a liberdade de expressão e de opinião, o respeito pela integridade física e moral, a proteção contra o assédio moral e sexual, o direito à reserva da intimidade da vida privada, a imposição de limites à realização de testes e exames médicos, regras sobre o acesso a mensagens de correio eletrônico e aos sítios da *internet* (DRAY, 2019, p. 69).

Ademais, convém pontuar que os referidos direitos são meramente exemplificativos, com destaque para os mais relevantes para a celebração e execução do contrato de trabalho, na visão do legislador infraconstitucional.

Pedro Romano Martinez (2017, p. 377) considera que os direitos de personalidade do Código do Trabalho não são apartados da tutela da Constituição (art. 26º) e do Código Civil (art. 70º). Assim, configura-se um regime especial, mas interligado com as demais normas, conforme as seguintes razões (AGUIAR, 2019, p. 13):

A primeira, relacionada com o facto de estarmos perante a tutela geral dos direitos de personalidade, e pelo facto de a relação destes com os vários ramos do Direito ser inevitável;

A segunda, pelo facto de os direitos de personalidade previstos nesta sub-secção do CT (já referida supra) ter sempre de se relacionar com o que se encontra previsto nos outros diplomas, nomeadamente o previsto nos artigos 26º e seguintes da CRP e nos artigos 70º e 71º e seguintes do CC;

A terceira, no sentido de que o que se encontra disposto no CT dever ser sempre relacionado com o regime da limitação voluntária dos direitos de personalidade previstos no artigo 81º do CC;

A quarta e última razão diz respeito ao que se encontra previsto no artigo 18º da CRP, no sentido de que a compressão dos direitos de personalidade deve sempre limitar-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, segundo critérios de proporcionalidade e adequação.

Especificadamente em relação à reserva da vida privada, o Código do Trabalho disciplina no art. 16º que o “empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte” (número 1), com abrangência tanto do acesso quanto à divulgação de informações relativas “à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas” (número 2).

Nas palavras de Sónia Kietzmann Lopes (2019, p. 31):

o círculo da reserva da intimidade da vida privada não é uniforme, devendo ser definido consoante a natureza do caso, mormente em função da atividade laboral do trabalhador. É assim que aos desportistas, por exemplo e por contraposição à maioria dos demais trabalhadores, poderá exigir-se que levem uma vida extra- profissional regrada.

Dessa forma, o art. 16º, do CTP estabelece a tutela geral ao direito da personalidade no contrato de trabalho, com a obrigação da observância das garantias da personalidade tanto pelo empregador quanto pelo empregado.

Ante todo o exposto, percebe-se que a Constituição erigiu a proteção à vida privada e intimidade (art. 26º) ao campo dos direitos fundamentais, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRP), com repercussões no campo cível (regime geral de proteção dos direitos da personalidade – art. 80º, do CC) e no campo trabalhista (regime especial no âmbito das relações empregatícias – art. 16º, do CTP), o que demonstra a relevância da matéria para o ordenamento jurídico português.

Liberdade de gestão empresarial: princípio da livre iniciativa econômica e da liberdade de empresa

A liberdade de gestão empresarial está diretamente ligada ao princípio da livre iniciativa econômica e de organização empresarial, previsto no art. 80º, alínea c, da Constituição da República. Conforme Maria Palma Ramalho, o escopo do referido princípio é “assegurar ao empregador as condições necessárias ao cumprimento dos deveres amplos que lhe incumbem no vínculo laboral e, indirectamente, viabilizar este mesmo vínculo” (RAMALHO, 2012, p. 522).

Além disso, esta liberdade de gestão pode ser constatada também no art. 61º, nº 1, da CRP que trata da liberdade de empresa, segundo o qual a iniciativa econômica privada deve ser exercida de forma livre, nos limites da lei (número 1), com o reconhecimento do direito à autogestão (número 4). Na legislação comunitária, há expresse reconhecimento da liberdade de empresa, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 16º).

Como corolário desses princípios constitucionais (art. 61º e 80º), fundamentam-se os poderes do empregador sobre o empregado subordinado (art. 11º, CTP), em três perspectivas: poder de direção, poder disciplinar e poder regulamentar.

O poder regulamentar se caracteriza na possibilidade do empregador elaborar o regulamento interno da empresa, dispondo sobre a organização e disciplina do trabalho (art. 99º, nº 1, do CTP). Materializa-se na faculdade dada ao empresário de criar regras de observação obrigatória dentro da empresa.

A lei estipula alguns critérios que devem ser observados na elaboração do regulamento interno, quais sejam: a necessidade de ser ouvida a comissão de trabalhadores (art. 99º, nº 2, do CTP); a produção de seus efeitos somente após a publicação e ampla divulgação (art. 99º, nº 3, do

CTP); e a reserva da elaboração de algumas matérias do regulamento interno através do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho negocial (art. 99º, nº 4, do CTP).

Conforme Maria do Rosário Palma Ramalho (2009, p. 260), o regulamento da empresa tem enorme relevância prática, em especial em grandes empresas, através de regulamentações gerais e específicas, como regras de segurança, higiene no trabalho e temas pormenorizados de setor da atividade

Por seu turno, o poder disciplinar reflete a capacidade do empregador em aplicar penalidades ao trabalhador transgressor das obrigações contratuais, nos termos do art. 98º do CTP, com o escopo de manter a harmonia no local de trabalho.

Mesmo o empregador tendo um espaço de discricionariedade na aplicação da penalidade (arts. 328º e 330º do CTP), essa não pode extrapolar os limites da boa-fé, sob pena de configurar abuso de direito (art. 334º do CC), daí o enquadramento pela jurisprudência do poder disciplinar como direito potestativo ambivalente².

A outra dimensão do poder empregatício é o poder diretivo. O poder de direção representa a expressão mais genuína da subordinação jurídica do empregado, escancarada através da hierarquia na empresa. Por meio deste poder o empregador tem a atribuição legal de fixar os termos do contrato de trabalho a ser realizado (art. 97º do CTP), com a faculdade diretiva de dar as instruções de como realizar o trabalho, chamado de poder conformativo da prestação (XAVIER, 2020, p. 439).

2 Para aprofundamento do tema, v. PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista**. Acórdão de 21/03/2012, Relator: Fernandes da Silva, Processo: 161/09.3TTVLG.P1.S1. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/89840075/details/normal?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>. Acesso em: 28 mar. 2021.

Além disso, outra vertente do poder de direção é refletida no poder do empregador em atribuir ao empregado a função ou posto de trabalho na empresa, de acordo com as suas aptidões e qualificação profissional (art. 118º, nº 1, do CTP), denominado de poder determinativo da função (XAVIER, 2020, p. 439).

Neste cenário, não pode ser deixado de lado, como consequência do poder diretivo, a análise do poder de controle (também chamado de poder de vigilância ou de inspeção) do empresário sobre o trabalho realizado pelo empregado. Revela-se como uma prerrogativa empresarial de acompanhar, de forma contínua, a prestação de serviços e vigiar as instalações da empresa.

Ana Rita Carmo entende que:

o poder de controlo é, efetivamente, uma parte integrante do poder diretivo – é inerente à faculdade de dirigir a possibilidade de controlar e vigiar se essa direção foi, efetivamente, observada. Neste sentido, é incompreensível o poder de direção sem a consagração de um poder de controlo. Estes dois poderes identificam-se como um só, pois só perante a existência de um se tornará o outro possível (CARMO, 2019, p. 25).

Com efeito, este controle se prolonga ao longo de todo o contrato de trabalho, de forma contínua, sendo pressuposto até mesmo de averiguação da gestão da empresa, através da aferição se as recomendações exaradas pelo empregador estão sendo eficazes na produção do resultado almejado.

Destaca-se que o poder de vigilância abrange vasto espaço amostral, indo desde o controle de jornada e frequência até o controle do uso do computador, mensagens eletrônicas, *internet*, uso de sistemas de vigilância eletrônica etc. Essas últimas formas de controle, por

meio da utilização de meios informáticos, estão cada vez mais marcantes e presentes no ambiente de trabalho, caminhando junto com o avanço tecnológico.

Dessa forma, constata-se que é intrínseca a relação de trabalho subordinada (art. 11º do CTP) o controle e vigilância sobre as atividades do empregado, corolário dos princípios da liberdade de empresa (art. 61º, nº 1, da CRP) e livre iniciativa econômica (art. 80º, alínea c, da CRP), ante a supremacia hierárquica de posição do empregador.

A privacidade do empregado versus a liberdade de empresa e livre iniciativa

A amplitude do poder de controle do empregador sobre o empregado deve ser analisada a partir da concorrência de direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição, de um lado o direito à privacidade (art. 26º) como expressão do princípio da dignidade humana (art. 1º da CRP) e como direito da personalidade do trabalhador, e de outro lado o direito à liberdade de empresa (art. 61º, nº 1) e à livre iniciativa e de organização empresarial (art. 80º, alínea c) do empregador.

Com efeito, se faz necessária a ponderação e compatibilização desses direitos “tendencialmente opostos” (DRAY, 2019, p. 72), a fim de garantir a concordância prática entre a proteção do empregado e a gestão empresarial.

Alexandre de Moraes defende que

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos

outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAES, 2003, p. 61).

A Constituição da República, no art. 18º, nº 2, prevê que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos quando for necessário salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Além disso, essas restrições “têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (art. 18º, nº 3).

No âmbito das relações de trabalho, os entes privados, assim como os entes públicos, estão submetidos à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais (art. 18º, nº 1, da CRP). Neste aspecto, o efeito horizontal dos direitos fundamentais previstos na Constituição “faz com que estes direitos devam ser respeitados não apenas pelas entidades públicas, mas também pelas entidades privadas, e, assim, também, no contexto das relações laborais de direito privado³”.

O fato de o trabalhador estar subordinado juridicamente ao empregador não significa dizer que seus direitos fundamentais podem ser restringidos de forma incondicionada. Logo, as limitações à reserva da intimidade da vida privada, devem ter como pressuposto a necessidade e a justificação da medida (art. 18º, nº 2, da CRP), sendo vedada a restrição por mero capricho empresarial.

3 Para aprofundamento do tema, v. PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 22/04/2013, relator: António José Ramos, Processo: 73/12.3TTVNF.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/5ce6ac2d39e5c7c080257b6300301ec5?OpenDocument>. Acesso em: 26 mar. 2021.

O poder de controle do empregador não se reveste de caráter absoluto, razão pela qual os “direitos do trabalhador só podem ser legitimamente limitados se o seu exercício impedir ou dificultar a normal actividade da empresa ou a execução da prestação estipulada” (ABRANTES, 2005, p. 190).

Neste cenário, qualquer que seja a limitação ao direito fundamental é essencial a obediência aos “critérios de proporcionalidade (na dimensão de necessidade, adequação e proibição do excesso) e de respeito pelo conteúdo essencial mínimo do direito atingido” (LOPES, 2019, p. 28).

A legislação cível não deixa de tratar a matéria prevendo, na mesma perspectiva, que “havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”, segundo o art. 335.º, n.º 1 do CC.

O certo é que o direito à privacidade do trabalhador e à liberdade de gestão empresarial, especificadamente no que se refere ao poder de controle do empregador, pode coexistir de forma harmônica, sem necessidade de um excluir o outro, desde que as limitações ao direito da personalidade (reserva da intimidade da vida privada) ocorram dentro dos critérios da proporcionalidade, de forma justificada e sem abuso de direito.

Controle das comunicações eletrônicas no ambiente laboral

A legislação portuguesa, em razão da relevância do tema e da necessidade de fixação de limites nos atos de vigilância do empregador, trata acerca da confidencialidade de mensagens e acesso a informação no

art. 22º do Código do Trabalho, de modo a salvaguardar o direito à reserva da privacidade do empregado e os interesses de gestão da empresa.

No art. 22º, nº 1 do Código do Trabalho há previsão de que o empregado “goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico”.

Assim, o pressuposto legal básico, no controle das mensagens de correio eletrônico, é que o empregador não pode ter acesso às mensagens de cunho particular do trabalhador e nem ao conteúdo das informações de natureza não profissional, mesmo quando enviadas do local de trabalho e dos computadores da empresa (DRAY, 2019, p. 83).

As mensagens de natureza pessoal serão todas aquelas que se situem fora do âmbito laboral, não se restringindo aos aspectos de vida familiar, afetiva, sexual, estado de saúde, convicções políticas ou religiosas (art. 16.º, n.º 2 do CT). A amplitude do cunho particular da mensagem decorre da “vontade dos intervenientes da comunicação ao postularem, de forma expressa ou implícita, a natureza profissional ou privada das mensagens que trocam”.

Por outro lado, o número 2 do art. 22º do CT prevê que o empregador pode fixar as regras de utilização do correio eletrônico na empresa. Esta medida é consequência direta do poder regulamentar do empregador, que pode estabelecer através do regulamento de empresa as normas de organização e disciplina do trabalho (art. 99º, nº 1 do CTP), relativas à utilização do e-mail dentro no local de trabalho, como controle do tempo e endereços que não podem ser visualizados.

Quanto à fixação de regras pelo regulamento da empresa regramento, Teresa Moreira Aguiar (2019, p. 47) considera desaconselhável

proibir o uso do correio eletrônico e acesso à internet para fins pessoais de forma absoluta, pois pode levar à desmotivação dos empregados.

Nesta mesma ideia, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) na Deliberação nº 1638/2013, entendeu que a definição de regras organizacionais no contexto laboral não pode ignorar as necessidades extraordinárias de utilização das comunicações eletrônicas para fins não profissionais. Assim, “não se figura lógico nem realista que no contexto da relação de trabalho se proíba de forma absoluta a utilização” do e-mail para fins pessoais (DRAY, 2019, p. 77).

Ressalta-se que o legislador não engessou as partes quanto à fixação dessas regras regulamentares das comunicações eletrônicas, vigorando o princípio do consensualismo. Ainda neste caminho, cumpre esclarecer que em caso de desrespeito das normas estabelecidas no regulamento interno (art. 22º, nº 2 do CT) o empregado pode incorrer em eventual infração disciplinar estabelecida pela empresa. Todavia, até nessa hipótese, é vedado ao empregador subverter as regras de confidencialidade reguladas no número 1 do referido artigo e tomar conhecimento das conversas particulares.

Com efeito, a norma não pretende impedir o acesso total do empregador às comunicações eletrônicas, mas deve ser guiada por critérios de modo a harmonizar o direito à reserva da vida privada e liberdade de empresa. A este propósito, a vigilância das comunicações eletrônicas deve observar limitações mesmo quando se refere a mensagens de cunho profissional, não podendo o controle ser realizado de forma incondicionada, corolário do art. 18º, nº 2 da CRP.

Para tanto, a doutrina elencou alguns critérios balizadores do controle do empregador, quais sejam: transparência, finalidade e proporcionalidade (GUERRA, 2004, p. 190).

A primeira premissa é a transparência. Apóia-se na necessidade de comunicação prévia ao trabalhador que irá fazer uso da faculdade de controle do uso das comunicações eletrônicas, por exemplo, por meio do regulamento de empresa.

Outro pressuposto é a finalidade do controle, que deve atender fins legítimos e específicos. Essa vigilância aos e-mails somente pode ocorrer quando não for possível se utilizar outro meio de controle menos invasivo para atingir a finalidade almejada. O critério da finalidade limita eventuais controles arbitrários do empregador, posto que apenas pode realizar os atos que se conformem com a finalidade pretendida.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) traz o princípio de que as informações devem ser recolhidas para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades. Tais diretrizes podem servir de norte na questão do controle das comunicações eletrônicas, quanto ao aspecto finalístico do monitoramento.

Não menos importante é o critério da proporcionalidade. Neste caso, a vigilância sobre o correio eletrônico deve ser a exceção à regra, tão somente em casos excepcionais e de especial gravidade, que justifiquem o controle. Ou seja, o ideal é que o monitoramento seja realizado preferencialmente nos setores que demandem um maior grau de risco para a atividade empresarial (AGUIAR, 2019, p. 48).

Neste contexto, entende-se que a visualização deve se realizar, a priori, apenas sobre os aspectos formais (endereços dos destinatários, assunto, data, hora). Verificando através dessas informações preliminares que o conteúdo é pessoal, o empregador não deve prosseguir no controle e nem acessar ao conteúdo, por força do disposto no art. 22º, nº 1.

E, caso acesse as mensagens de boa-fé, sem perceber que se tratava de assunto particular, impõe-se que cesse imediatamente a consulta

e se abstenha de divulgar eventual conteúdo visto a terceiros. É importante pontuar que até em situações de suspeita de faltas graves é vedado ao empregador acessar o conteúdo dos e-mails.

Guilherme Dray faz as seguintes ponderações quanto à visualização das mensagens eletrônicas:

“apenas se justifica em casos esporádicos, deve ser feita na presença do trabalhador ou de quem o represente e deve limitar-se à visualização do endereço do destinatário ou remetente da mensagem, do assunto, data e hora do envio. O controlo do correio eletrónico da empresa deve realizar-se de forma aleatória e não persecutória e ter como finalidade a promoção da segurança do sistema e a sua performance (DRAY, 2019, p. 76)”.

Deste modo, a confidencialidade das comunicações eletrônicas é a regra na legislação portuguesa (art. 22º, nº 1 do CTP), tendo proteção especial o direito à reserva da privacidade do empregado, no que se refere ao conteúdo e acesso às mensagens de cunho privado. Referida circunstância não afastou da proteção normativa os interesses de gestão do empregador, que pode fixar regras de uso do correio eletrônico, por meio do regulamento de empresa (art. 22º, nº 2 do CTP).

Breve comparativo da jurisprudência em Portugal e no Brasil

O regime dos direitos da personalidade no Código do Trabalho é marcado por conceitos abertos, o que dar espaço para discussão da

matéria no campo jurisprudencial⁴. Neste cenário, optou-se traçar um breve comparativo entre a jurisprudência em Portugal e no Brasil, no que tange ao controle das comunicações eletrônicas no ambiente do trabalho.

Em Portugal, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 5 de julho de 2007 (processo 07S043) apreciou a questão do acesso do empregador ao conteúdo de mensagem privada enviada por uma trabalhadora a outra colega de trabalho, pelo e-mail corporativo. Como a destinatária do e-mail estava de férias, o seu substituto abriu o e-mail e leu a mensagem, e ainda divulgou o conteúdo ao seu superior hierárquico. A corte judicial se manifestou no sentido da ilicitude da prova adquirida pelo empregador pelo acesso ao e-mail corporativo, que possuía mensagem de cunho privado, para destinatário diverso daquele que recebeu o e-mail. Segundo o STJ, “a natureza pessoal do seu conteúdo e a inerente confidencialidade impunham-lhe que desistisse da leitura da mensagem logo que se apercebesse dessa natureza e, em qualquer caso, que não divulgasse esse conteúdo a terceiros⁵”.

Neste trilhar, o Acórdão da Relação do Porto, de 8 de fevereiro de 2010 (processo 452/08.0TTVFR.P1) firmou o entendimento de que o “conteúdo das mensagens, de natureza pessoal, enviadas ou recebidas pelo trabalhador, ainda que em computador da empresa, estão abrangi-

4 Para saber mais sobre o tema, merece destaque o julgado paradigmático do caso *Barbulescu v. Roménia*, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), de 12 de janeiro de 2016. Vide MARTINS, João Zenha. Comentário ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Barbulescu* contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. n.º 61496/08. **Revista do Ministério Público**, n.º 145, p. 177-205, Lisboa: 2016. Disponível em: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jzm_MA_28282.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

5 PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista**. Acórdão de 05/07/2007, Relator: Mário Pereira, Processo: 07S043. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3>. Acesso em: 26 mar. 2021.

das pelo direito de reserva e confidencialidade⁶⁷. O tribunal reconheceu que o despedimento do trabalhador com base nessas mensagens privadas era ilícito. É importante pontuar que o teor das mensagens eram bastante injuriosos, mesmo assim foi decidido que o e-mail não poderia servir de base para a punição, nem chegando a adentrar no mérito do teor das mensagens.

Na jurisprudência brasileira, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) perfilha o entendimento de que e-mail corporativo, por ser instrumento de trabalho, pode sofrer o monitoramento do empregador. Ou seja, o patrão pode rastrear as mensagens do empregado realizadas no correio eletrônico da empresa. No processo nº 613/2000-013-10-00.7, o Tribunal reconheceu que era válida a demissão por justa causa de empregado que enviou material pornográfico a colega de trabalho, por meio do e-mail corporativo, afastando-se a tese de invasão à privacidade decorrente da checagem das caixas de e-mail dos empregados.

Em recente julgado, o TST mais uma vez entendeu que ao empregador é autorizado checar as mensagens do e-mail da empresa, de forma irrestrita, tanto no aspecto formal (como destinatários e horários) quanto no aspecto material (conteúdo das mensagens), conforme processo nº 1347-42.2014.5.12.0059.

No que se refere ao uso e-mail particular em ambiente laboral, o TST tem posição firme de que a referida comunicação eletrônica é protegida de toda e qualquer intromissão do empregador, sendo ilícita a vigilância das mensagens recebidas ou enviadas pelo e-mail pessoal. No processo nº AIRR 3058/2005.013.09.40.0, a empresa postulou o reconhecimento da justa causa, sob o argumento de que o empregado havia enviado mensagens desabonadoras à honra do superior hierárquico a

6 PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 08/02/2010, Relatora: Paula Leal de Carvalho, Processo: 452/08.0TTVFR.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab35977ca72a6dce802576d20055243a?OpenDocument>. Acesso em: 26 mar. 2021.

outros colegas de trabalho. Na hipótese, o TST reconheceu que “a suposta ofensa perpetrada pelo empregado teria ocorrido através de email particular (conta no Yahoo, fls. 723/724), não passível de acesso por parte do empregador (art. 5º, LVI, CF)⁷⁷, motivo pelo qual era ilícita a prova e inviável a demissão por justa causa.

Assim, depreende-se do breve comparativo entre a jurisprudência portuguesa e brasileira que os tribunais convergem no sentido da impossibilidade do controle de mensagens eletrônicas realizadas por e-mail pessoal, mesmo quando utilizado no ambiente de trabalho.

Contudo, quanto ao controle do e-mail corporativo, entende-se que as cortes judiciais de Portugal tendem a apresentar maior proteção do direito à privacidade do empregado, posto que não permitem o controle do conteúdo das mensagens de natureza privada, apenas em casos excepcionais de aspectos formais. Já as decisões judiciais no Brasil caminham, em sentido oposto, autorizando o controle tanto do aspecto formal quanto do aspecto material de qualquer mensagem enviada pelo e-mail corporativo, sob o fundamento de que se trata de ferramenta de trabalho.

Conclusão

A imposição de limites ao poder de diretivo e regulamentar do empregador, no que se refere ao controle das comunicações eletrônicas no contexto laboral, com base no disposto no art. 20º e 21º do Código do Trabalho, se faz necessário a fim de compatibilizar os direitos fundamentais em conflito (art. 18º, 2º da CRP): o direito à privacidade versus a liberdade de empresa (art. 61º, n.º 1 da CRP) e à livre iniciativa e de organização empresarial (art. 80º, alínea c da CRP) do empregador.

77 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**. Acórdão de 22/05/2009, relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi processo: 3058/2005.013.09.40.0, 8ª Turma. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=3058&anoTst=2005&varaTst=013&trfTst=09&seqTst=40&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Entende-se que a regulamentação da utilização do correio eletrônico pela empresa (art. 99º, nº 1 do CTP) é o ponto de partida na busca do equilíbrio entre a esfera privada e profissional do empregado, por se tratar de tema repleto de conceitos abertos.

Logo, a fixação de critérios mínimos de regras de vigilância, com o estabelecimento do que é infração disciplinar, torna a relação mais transparente e garante espaço para o exercício da cidadania no contexto laboral, posto que mesmo subordinado juridicamente (art. 11º do CT), o empregado é antes de tudo cidadão, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º).

Assim, a política de controle das mensagens eletrônicas no local de trabalho deve ser fomentada pelo exercício do juízo de ponderação de interesses, através da averiguação da necessidade e finalidade da medida de vigilância, de modo a assegurar a liberdade de gestão do empresário e respeitar o direito da personalidade à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, evitando-se abusos dos dois lados.

Neste sentido, é fundamental o afastamento de posições radicais que vedam qualquer forma de controle, sob o argumento de se tratar de direito fundamental e da personalidade, bem como posições permissivas de que toda medida de inspeção realizada pelo empregador é lícita, em razão da subordinação jurídica e liberdade de gestão empresarial.

A este propósito, a jurisprudência portuguesa tem sedimentado o entendimento da preservação da confidencialidade do conteúdo das mensagens de caráter pessoal, mesmo quando enviadas do ambiente de trabalho e com uso dos equipamentos da empresa. Além disso, tem sido garantido ao empregador o exercício da faculdade de estabelecer regras internas de uso do correio eletrônico, com escopo até mesmo de garantir a segurança da atividade empresarial e validar possíveis penalidades ao empregado.

Em comparativo, as decisões judiciais brasileiras apresentam um maior espaço para as ações de fiscalização do empregador, dando amplo acesso às mensagens trocadas no e-mail corporativo, independente de ter cunho pessoal ou não, sem o elemento balizador da razoabilidade. Neste ponto, constata-se encaminhamento mais extremista do julgador no Brasil.

O empregado passa grande parte do tempo em contexto laboral, não se mostrando razoável a não proteção da confidencialidade de suas mensagens particulares, pelo simples fato de terem sido enviadas pelo e-mail corporativo. No mundo cada vez mais conectado, é usual mandar um e-mail para familiar ou amigo, de forma esporádica, no trabalho, sem que isso, por si só, autorize a empresa a acessar e controlar o conteúdo da mensagem. Defende-se, portanto, que a jurisprudência em Portugal se apresenta mais ponderada no intuito de evitar excessos de vigilância por parte do empregador.

Por fim, o tema de controle do empregador sobre as comunicações eletrônicas do empregado, apesar do direcionamento da legislação, doutrina e jurisprudência, ainda tem espaço amplo para debate, considerando que as relações de trabalho estão em constantes transformações decorrentes das inovações tecnológicas e novas formas de vigilância.

Referências

AGUIAR, Sara Vanessa Antunes. **A reserva da intimidade da vida privada e as novas tecnologias no âmbito de relações laborais**. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/39362>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. Acórdão de 18/05/2005, relator: João Oreste Dalazen, Processo: 61300-23.2000.5.10.0013, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.

Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/19f32e7a289f9dc436bceeadc762069e>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. Acórdão de 23/06/2020, relator: Alexandre Luiz Ramos, Processo: 1347-42.2014.5.12.0059, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 26/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/eba8ba45bcab845ef7d14fd638c9c1d9>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**. Acórdão de 22/05/2009, relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi processo: 3058/2005.013.09.40.0, 8ª Turma. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?consesjt=&numeroTst=3058&anoTst=2005&varaTst=013&trtTst=09&seqTst=40&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CARMO, Ana Rita Baltasar Firmino do. **O poder de controlo informático na relação jurídico-laboral**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28990/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_AnaRitaCarmo_Vers%C3%A3oCompleta.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

CARVALHO, Sónia de. As condutas extra-laborais nas redes sociais e a justa causa de despedimento. In: SOLANA, Amanda Moreno, coord. **Colección Monografías Derecho Social y Empresa: Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)**. Madrid: Editorial Dykinson, 2016, n.º I, p. 282-301. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1845/1/As%20condutas%20extra%20-laborais%20nas%20redes%20sociais%20e%20a%20Justa%20Causa%20de%20despedimento.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

DRAY, Guilherme. Comunicações eletrónicas e privacidade no contexto laboral. In: SANTOS, Paulo Duarte, coord. **Coleção Formação Inicial: Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, 3. ed.,

p. 63-83. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest. Acesso em: 22 mar. 2021.

GUERRA, Amadeu. **A Privacidade no Local de Trabalho - As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores Através de Sistemas Automatizados Uma Abordagem ao Código do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2004.

LOPES, Sónia Kietzmann. Direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho. In: SANTOS, Paulo Duarte, coord. **Coleção Formação Inicial: Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, 3. ed., p. 25-33. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest. Acesso em: 25 mar. 2021.

MARTINEZ, Pedro Romano, et al. **Código do Trabalho Anotado**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MARTINS, João Zenha. Comentário ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Barbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. n.º 61496/08. **Revista do Ministério Público**, n.º 145, p. 177-205, Lisboa: 2016. Disponível em: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jzm_MA_28282.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1.º ao 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil*. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997.

MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/3424>. Acesso em: 25 mar. 2021.

PORTUGAL. [Código Civil]. Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro. **Diário da República n.º 255/1989**: Lisboa: 06-11-1989, Série I. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao>

consolidada/-/lc/137808769/view?q=383%2F89. Acesso em: 30 mar. 2021.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição da República Portuguesa. **Diário da República n.º 86/1976**: Lisboa: 10-04-1976, Série I. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PORTUGUAL. Comissão Nacional de Proteção de Dados. **Deliberação nº 1638**. Expedida em 16/07/2013. CNPD: 2013. Disponível em: https://www.cnpd.pt/media/kuqbxfdv/delib_controlo_tics.pdf. Acesso em: 27 Mar 2021.

PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 08/02/2010, Relatora: Paula Leal de Carvalho, Processo: 452/08.0TTVFR.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab35977ca72a6dce802576d20055243a?OpenDocument>. Acesso em: 26 mar. 2021.

PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 22/04/2013, relator: António José Ramos, Processo: 73/12.3TTVNF.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/5ce6ac2d39e5c7c080257b6300301ec5?OpenDocument>. Acesso em: 26 mar. 2021.

PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista**. Acórdão de 05/07/2007, Relator: Mário Pereira, Processo: 07S043. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3>. Acesso em: 26 mar. 2021.

PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista**. Acórdão de 21/03/2012, Relator: Fernandes da Silva, Processo: 161/09.3TTVLG.P1.S1. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/89840075/details/normal?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISP RUDENCIA&search=Pesquisar>. Acesso em: 28 mar. 2021.

PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista**. Acórdão de 05/07/2007, Relator: Mário Pereira, Processo: 07S043. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b>

[5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3](https://www.trt6.jus.br/portal/revista/5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3). Acesso em: 30 mar. 2021.

RAMALHO, Maria do Rosário. **Direito do Trabalho: Parte II - Situações Laborais Individuais**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____, Maria do Rosário. **Tratado de Direito do Trabalho: Parte I - Dogmática Geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. Regulamento (UE) 2016/679 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 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**. Bruxelas: EUR-Lex, OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?qid=1559291025147&uri=CELEX:32016R0679#d1e40-1-1>. Acesso em: 19 mar. 2021.

XAVIER, Bernardo Lobo. **Manual de Direito do Trabalho**. 4. ed. revista e actualizada. Lisboa: Verbo, 2020.