

MONITORAMENTO DIGITAL DO EMPREGADO : ESTUDO COMPARATIVO DO CASO BARBULSECU X ROMANIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COM A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Flávia Moreira Guimarães Pessoa¹
Rodolfo Pamplona Filho²

Sumario

Introdução. 1. O Direito na sociedade pós industrial: a internet e a revolução no mundo do trabalho. 2. O Direito a privacidade no ambiente de trabalho 3. Barbulescu X Romania - Um estudo de caso. 4. Privacidade X Poder Diretivo do empregador : parâmetros fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos e a Jurisprudência brasileira. . Considerações Finais. Referencias.

Resumo.

O artigo busca analisar o caso paradigmático Barbulescu X România julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos relativo ao monitoramento digital do empregado, buscando traçar paralelo com a jurisprudência nacional e sugerindo alteração no entendimento sobre a expectativa de privacidade, através da obrigatoriedade de políticas claras de monitoramento digital, com o objetivo de preservar as garantias constitucionais de respeito a privacidade do empregado.

Palavras chave: Monitoramento Digital, relação de emprego, Tribunal Europeu de Direitos Humanos

¹ Doutora em Direito Público. Pós Doutoranda pela Universidade Federal da Bahia | Professora do mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e em Direitos Humanos da UNIT | Juíza do Trabalho do TRT/20ª Região.

² Professor Titular do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade Salvador e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, co-autor, organizador e co-organizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Secretaria Geral, a qual já exerceu por duas gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show "Papeando com Pamplona", produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015.

Abstract. The article seeks to analyze the paradigmatic case *Barbulescu X Romania* judged by the European Court of Human Rights concerning the employee's digital monitoring , in order to describe parallel with national law and suggesting change in the understanding of the expectation of privacy , through the obligation to clear monitoring policies digital , in order to preserve the constitutional guarantees of respect for employee privacy .

Key words: Digital Monitoring , employment relationship , the European Court of Human Rights

Introdução

O presente artigo analisa a possibilidade de monitoramento digital do empregado a partir do estudo do caso *Barbulescu X România* da Corte Européia de Direitos Humanos e sua comparação com a jurisprudência brasileira.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo divide-se em quatro partes. Na primeira, analisa-se o contexto do direito do trabalho na sociedade pós industrial. Na segunda, o direito a privacidade no ambiente de trabalho. No terceiro, procede-se ao estudo do caso *Barbulescu X România*, julgado pela corte européia de Direitos Humanos. No quarto analisam-se os parâmetros fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e compara-se com a jurisprudência brasileira e sugerem-se modificações no entendimento pátrio.

1. O Direito na Sociedade Pós Industrial: a internet e a revolução no mundo do trabalho

Este tópico busca situar o direito do trabalho frente ao novo paradigma da pós-modernidade. A primeira pergunta que surge, então, é saber em que consiste exatamente esse novo paradigma da sociedade pós-industrial.

Para chegar a uma resposta, é mister salientar o que se entende por sociedade industrial, bem como expor a passagem à chamada sociedade pós-industrial. Aliada a essa transição, surge também a noção de modernidade e pós-modernidade³. Sobre a sociedade

³ Boaventura de Souza Santos (2000, p. 139) destaca que o paradigma da modernidade fica associado ao desenvolvimento do capitalismo, que seria dividido em três períodos: o primeiro, do capitalismo liberal, cobre todo o século XIX, sendo suas últimas três décadas de transição. O segundo, do capitalismo organizado, começa nos finais do século XIX e atinge o desenvolvimento máximo no período entre as duas grandes guerras e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; finalmente, o terceiro período, do capitalismo desorganizado, começa no

industrial, pode-se enumerar, na esteira de Domenico de Masi (2003, p. 19) uma série de características essenciais. Dentre elas, o autor ressalta a concentração de grandes massas de trabalhadores assalariados nas fábricas, ou seja, o predomínio numérico dos trabalhadores no setor secundário. Menciona ainda o predomínio da contribuição prestada pela indústria à formação da renda nacional, bem como a aplicação das descobertas científicas ao processo produtivo na indústria. Há que frisar, também, a racionalização progressiva e aplicação da ciência na organização do trabalho, bem como a divisão social do trabalho e sua fragmentação técnica cada vez mais capilar e programada.

Saliente-se, no contexto da virada da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial que a evolução histórica está intimamente associada ao desenvolvimento tecnológico⁴. Nesse aspecto, Galbraith (2007, p. 68) menciona que tecnologia significa a aplicação de conhecimento científico ou outro conhecimento organizado a tarefas práticas. Assim, sua consequência mais importante, no que tange à ordem econômica, está em forçar a divisão e subdivisão de qualquer tarefa em suas partes componentes. O autor, neste tópico, identifica o dinamismo tecnológico, o emprego maciço de capital e a organização eficiente como características de um novo estado industrial.

Daniel Bell (1977, p. 35) aponta dimensões que permitem definir a passagem da fase industrial à pós-industrial. Assim, no setor econômico destaca-se a passagem de uma economia produtora de bens para uma economia de serviço. Na distribuição de ocupação, verifica a importância da classe de profissionais qualificados e técnicos. Constata-se, também, o caráter central do conhecimento teórico como fonte de inovações e formulação de políticas para a sociedade. Ademais, o autor ressalta a perspectiva de controle e valorização da tecnologia.

final dos anos 60 do século XX e continua até hoje. O autor analisa os três períodos para concluir que o primeiro período já mostra que o projeto sociocultural da modernidade é demasiado ambicioso e internamente contraditório. O segundo cumpre algumas promessas da modernidade e deixa outras por cumprir, ao tempo em que trata de esconder seus fracassos. O terceiro é caracterizado por três pontos: as conquistas não são irreversíveis; os fracassos não serão solucionados e esse *défict*, além de ser irreversível, é muito maior do que se pensava. No terceiro período do capitalismo, o citado autor ressalta a crise do direito regulatório, que revela, segundo o autor, que quando posto a serviço das exigências regulatórias do Estado constitucional liberal e do capitalismo hegemônico, o direito moderno – reduzido a um direito estatal científico – foi eliminando a tensão entre regulação e emancipação que originalmente lhe era constitutiva. Assim, no primeiro período a emancipação foi sacrificada às exigências regulatórias dos Estados e confinada quase só a movimentos anti-sistêmicos. No segundo, a regulação estatal nos países centrais tentou integrar esses projetos emancipatórios anti-sistêmicos, desde que fossem compatíveis com a produção e reprodução social capitalista. No terceiro período, esta falsa síntese evoluiu para a mútua desintegração da regulação e da emancipação (SANTOS, 2000, p. 164).

⁴ Segundo Araújo (2003, p. 30), o desenvolvimento tecnológico induziu o desenvolvimento de “duas razões paralelas”: uma instrumental, voltada para o domínio técnico sobre a natureza; outra comunicativa, voltada para o aperfeiçoamento da competência internacional do gênero humano, e fonte potencial de um projeto de auto-emancipação.

Manuel Castells (2007, p. 266) observa que a teoria clássica do pós industrialismo funda-se em três premissas principais: a) a fonte de produtividade e crescimento reside na geração de conhecimentos, estendidos a todas as esferas da atividade econômica mediante o processamento da informação; b) quanto mais avançada a economia, mais seu mercado de trabalho e sua produção seriam concentrados em serviços; c) a nova economia aumenta a importância das profissões com grande conteúdo de informação e conhecimentos em suas atividades. O autor ressalva, porém, ressalva que tais premissas não devem ser admitidas de forma acrítica, demonstrando que as três características apontadas não se unem para criar um modelo único de sociedade informacional.

E nesse contexto pós industrial, a importância da internet e a revolução na comunicação humana por ela engendrada deve ser destacada. Segundo Castells (2003, p. 13-15), a origem da internet se deu na década de 60 com a criação da *Arpanet* - sendo esta uma rede de computadores criada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos com a missão de mobilizar recursos de pesquisas, cujo objetivo seria alcançar a superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética. Tempos depois, criou-se uma rede independente para usos específicos militares – a *Milnet* e a *Arpanet* - tornou-se a *Arpa-Internet*, programa este que, na década de 80, deu origem a uma nova rede de comunicação entre computadores. Já nos anos 90, a maioria dos computadores norte-americanos tinha capacidade de entrar em rede. Posteriormente, muitos provedores de serviços da Internet montaram suas próprias redes e constituíram suas próprias portas de comunicações em base comerciais (DONEDA, 2006).

Assim, as tecnologias de comunicação progrediram numa velocidade sem precedentes. Com a internet, a interação da sociedade se tornou assustadoramente virtual, extraterritorial, ilimitada, heterogênea e fragmentada. (CUNHA E CRUZ, TIBURSKI, MOREIRA, 2013).

Verifica-se, nesse contexto, que o paradigma do mundo do trabalho na sociedade atual está premido pela evolução tecnológica empreendida nas últimas décadas. Com efeito, o desenvolvimento econômico baseado na introdução de novas forças produtivas foi uma constante desde a Revolução Industrial no século XVIII. A partir dos eventos desencadeados pela crise do petróleo de 1973, deu-se a articulação de uma série de tecnologias que vinham sendo desenvolvidas de forma isolada. O uso combinado da informatização, automação e biotecnologia resultou na destruição progressiva das estruturas de produção tayloristas-fordistas⁵ que marcaram o desenvolvimento industrial até o terceiro quartel do século XX.

⁵ Otávio Pinto e Silva (2004, p.35) destaca que a teoria da administração científica formulada por Frederick Winslow Taylor afirmava que a disciplina do trabalho não evitava desperdícios de tempo e conseqüentes atrasos

A divisão do trabalho e a cooperação no plano da produção foram substituídos pela cooperação competitiva no plano da criação ininterrupta de novos produtos. Como consequência, criou-se uma situação paradoxal: até então, a ocorrência de crises de emprego estava circunscrita às situações recessivas ou de superprodução. Depois, quanto mais as novas tecnologias passaram a aumentar a produtividade e a riqueza global, mais postos de trabalho passaram a destruir. O desemprego já não é apenas conjuntural⁶, mas sim estrutural⁷ (ARAÚJO, 2003, p. 33).

A respeito do desemprego estrutural, Maurício Godinho Delgado (2007, p. 70) alerta que há uma forte conexão entre o tipo de política pública seguida, hegemonicamente, pela maioria dos países capitalistas ocidentais e o desprestígio do trabalho e do emprego. Isso porque se trata de uma política pública de devastação do emprego. Para o autor, o desemprego não tem o caráter estrutural, mas sim conjuntural, porque é o produto de diretrizes políticas dirigidas para tal objetivo.

Na sociedade atual, a disputa intercapitalista não se define mais pela preponderância do fator preço, mas pela inovação. A capacidade para produzir inovações no setor de bens de consumo determinou a vitória do modelo industrial ocidental sobre o modelo soviético. Ao contrário de uma estrutura burocrática, o modelo aberto de mercado conseguiu mobilizar muito melhor a criatividade individual. Por fim, a radicalização dessa premissa levou à

na produção, de forma que a administração científica por ele proposta consistia na divisão do processo produtivo em operações elementares, correspondentes a movimentos mecânicos, rápidos e repetitivos, executados pelo trabalhador com a utilização de máquinas padronizadas. Desta forma, as tarefas de cada trabalhador seriam minuciosamente controladas, com a fixação de metas para eliminar quaisquer desperdícios de tempo. Cabia ao administrador o trabalho intelectual, com a escolha do método de produção e o planejamento das tarefas; ao trabalhador, não se exigia que tomasse decisões, pois bastava executar o trabalho manual. Tais princípios Tayloristas foram consagrados por Henry-Ford na produção em série de automóveis, o que tornou comum a referência a um método de organização do trabalho chamado de "fordismo-taylorismo" e caracterizado pelas formas de produção em massa, pela expansão da economia de escala e pelo amplo uso de métodos científicos nos processos produtivos.

⁶ Segundo Moura (1998, p. 94) existem quatro formas gerais de desemprego: desemprego conjuntural; desemprego cíclico; desemprego estrutural; desemprego induzido. Desemprego conjuntural é o tipo mais comum. Ocorre quando um ou mais fatores circunstanciais concorrem para alguém perder o seu emprego. Aqui, o que há é a perda do vínculo empregatício, mas não a extinção do posto de trabalho. Desemprego cíclico corresponde a determinadas fases de menor procura de mão de obra em determinados setores, como, por exemplo, o desemprego em períodos de entressafra na área rural. No desemprego estrutural, é a própria estrutura da economia que passa a ser desempregadora e sem perspectiva de voltar a ser empregadora. Trata-se não propriamente da perda, mas da extinção dos postos de trabalho. O desemprego induzido é fruto da política governamental ou da ação coordenada de certas forças de mercado (MOURA, 1998, p. 95-96)

⁷ Araújo (2003, p. 42) explica que na velha sociedade industrial, o desemprego estava associado a períodos de "crise econômica", de desajustes macroeconômicos, de superprodução. As novas tecnologias, não obstante propiciassem um aumento contínuo na produtividade do trabalho, continuavam a fazê-lo a partir de uma exploração de natureza "quantitativa", produzindo-se mais em um menor tempo, mas incorporando progressivamente mais operários pelo mundo afora. Mas agora as coisas se passam de forma diferente. Ao contrário do que ocorria na sociedade industrial, na nova sociedade pós-industrial, o desemprego não é mais expressão de uma crise, mas da própria vitalidade do sistema.

construção de um Estado Neoliberal, mais preocupado com sua “eficiência gerencial” do que com o bem-estar dos seus cidadãos (ARAÚJO, 2003, p. 35-36).

Nesse contexto, surge o cotejo entre os valores fundamentais de respeito a privacidade do empregado no ambiente de trabalho e a proteção à propriedade privada, dentro especificamente do problema gerado pelas novas tecnologias e pela internet no ambiente de trabalho. E, então, surge a dúvida sobre qual valor deve prevalecer: o direito do empregador de fiscalizar o empregado como corolário do seu poder diretivo ou o respeito a privacidade do empregado.

2. O direito a privacidade no ambiente de trabalho

O respeito aos atributos da pessoa humana vem previsto no inciso X do art. 5 da Constituição Federal⁸. Trata-se de garantia que envolve a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Conforme assinala Romita (2005, p. 258), proteger a vida privada significa assegurar proteção a certos aspectos da vida íntima. O direito tem caráter negativo de proteção e entra em choque com o direito de dirigir a atividade do empregado, que é ínsito à subordinação jurídica, elemento caracterizador do direito do trabalho.

Neste aspecto, há que se diferenciar como faz Romita (2005, p. 263), os conceitos de intimidade, vida privada e vida pública. A intimidade, segundo o autor, é mais restrita, envolvendo os aspectos mais recônditos da vida do trabalhador. Já a esfera da vida privada é mais ampla e a ofensa ao respeito à inviolabilidade da vida privada envolve a divulgação de dados a terceiros. Na mesma linha, Silva Neto (2005, p. 80) assinala que a intimidade difere da vida privada, uma vez que a primeira é o direito de estar só, expressando a esfera recôndita do indivíduo, assegurada a tutela judicial em face da possibilidade de divulgação. A vida privada, por seu turno, se situa no contexto mais amplo das relações familiares, assegurando-se o anonimato, salvo na hipótese de ofensa a interesse público.

Várias discussões vêm sendo travadas sobre o respeito à intimidade. Entre as violações a esse princípio, encontram-se questionários contendo perguntas relativas à saúde da pessoa, investigações de orientação sexual, opção político-ideológica etc. É também exemplo desta violação a realização de provas grafológicas e testes psicotécnicos, relativos ao caráter e personalidade do candidato, a fim de averiguar se esses aspectos poderão repercutir na regularidade da execução contratual (SILVA NETO, 2005, p. 79-90).

⁸ Art. 5º, X da Constituição: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Pode-se citar, ainda, a instalação de câmeras de vigilância no ambiente de trabalho. Com efeito, trata-se de hipótese de ponderação de direitos. Concretamente, há o direito à intimidade, de um lado, e o direito à proteção da propriedade privada e o poder de direção do empregador, do outro. Nessa ponderação, a ser resolvida em cada caso concreto, são extraídos critérios para o reconhecimento da licitude ou ilicitude da instalação das câmeras de vigilância. Por exemplo, a colocação de tais câmeras em áreas de conagração dos empregados, ou mesmo em banheiros, ofende o direito à intimidade. Por outro lado, conforme assinala Silva Neto (2005, p. 87), a implantação de sistema de vigilância dentro da planta industrial e ao longo da jornada de trabalho não ensejaria ofensa ao princípio da intimidade.

Outra questão que vem sendo discutida é aquela relacionada à revista íntima, tendo, neste aspecto, os tribunais manifestado sérias restrições à forma e às hipótese de realização de revista nos empregados⁹. O inciso X do art. 5º da Constituição Federal consagra o respeito à inviolabilidade da vida privada, que também tem dado ensejo a diferentes entendimentos por parte da doutrina e jurisprudência. Neste aspecto, Romita (2005, p. 264) afirma que a conduta do empregador que lança anotações desabonadoras na carteira de trabalho viola o direito ao respeito à vida privada do empregado.

O inciso X do art. 5º da Constituição também protege o respeito à imagem, devendo, neste aspecto, ser diferenciada a imagem-retrato e a imagem-atributo da personalidade. A

⁹ 1) Empresa distribuidora de produtos farmacêuticos e medicamentos. Revista diária. Risco empresarial - Dignidade da pessoa humana. Inviolabilidade da intimidade. Configuração do dano moral. A realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana no cotidiano das relações trabalhistas pressupõe, ao lado da proibição da transferência do risco empresarial ao empregado, que não haja violação da intimidade do empregado por meio de tratamento degradante, independentemente de a natureza das atividades laborais demandar cuidados especiais na guarda das mercadorias e precauções de segurança. Nesse contexto, correto o entendimento de que configura dano moral a revista que exige do Obreiro ficar de roupa íntima na frente de outras pessoas, sendo devida a indenização. 2) Valor da indenização por dano moral. Função pedagógica da pena. Arestos inespecíficos. Tendo o Regional se convencido de que o valor da condenação era equitativo, prudente, razoável e não-abusivo, asseverando ainda que a indenização arbitrada cumpria a função pedagógica da pena, não seria possível para esta Corte, em sede de recurso de revista, concluir em sentido oposto sem adentrar na análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado, a teor da Súmula 126 do TST. Ademais, nos termos da Súmula 296, I, do TST, mostram-se inespecíficos os arestos colacionados, pois versam sobre elementos fáticos diversos da hipótese dos presentes autos, em que se discute o arbitramento da indenização por dano moral decorrente de revista íntima (TST, 4ª Turma, DJ - 20/04/2007, PROC. Nº. TST-RR-2.652/2003-069-02-00.0, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho) . Recurso de Revista. Danos morais. Revista íntima. Constitui fundamento do Estado brasileiro o respeito à dignidade da pessoa humana, cuja observância deve ocorrer na relação contratual trabalhista ; o estado de subordinação do empregado e o poder diretivo e fiscalizador conferidos ao empregador se encontram em linha de tensão, o que não pode levar à possibilidade de invasão da intimidade e desrespeito ao pudor do trabalhador. A comercialização, pela empresa, de produtos que lhe exigem maior vigilância sobre os estoques, apesar de ensejar a adoção de revista do empregado, ao término da jornada, não afasta o dever de que ela seja feita segundo meios razoáveis, de modo a não causar constrangimentos ou humilhação, cuja ocorrência configura dano moral a ser reparado. Recurso de revista conhecido e provido ((TST, 1ª Turma, DJ - 07/12/2006, PROC. Nº. TST-RR-533.770/1999.0, 1ª Turma, Rel. Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro).

primeira pode ser reproduzida em fotografia, não guardando identidade com eventual ocorrência de dano à honra, enquanto a segunda decorre da vida em sociedade. Por outro lado, da mesma forma que o empregador pode ferir o direito à imagem do empregado, este também poderá atingir a imagem da empresa. Ambas as situações são tuteladas pelo referido dispositivo.

Por outra via, há que se ressaltar o direito ao sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e de ligações telefônicas, estabelecido no inciso XII do art. 5º da Constituição¹⁰. Diretamente relacionada a este inciso está a discussão a respeito da possibilidade de violação dos *e-mails* dos empregados, o que será visto nos tópicos seguintes, tanto no que se refere a jurisprudência internacional quanto a brasileira.

3. Barbulescu X România – Um estudo de Caso

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é uma jurisdição do Conselho da Europa. Os 47 Estados membros deste Conselho também devem ser imperativamente membros deste Tribunal e aceitar as suas decisões. Tem como missão verificar o respeito dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pelos Estados signatários da Convenção.

O caso objeto de análise neste tópico Barbulescu X România, foi originário de uma reclamação contra a decisão exarada pela Corte Romênia que considerou válido o monitoramento de suas mensagens privadas. O autor, Bogdan Mihai Barbulescu teve seu contrato de trabalho rescindido pelo empregador em razão do uso da internet no local de trabalho para fins particulares, o que contrariava as normas da empresa, que previa: “ é absolutamente proibido perturbar a ordem e disciplina dentro das instalações da empresa e especificamente usar computadores, fotocopiadores, telefones, máquinas de telex e de fax para fins pessoais” A Justiça Romênia considerou válida a rescisão por este motivo. Inconformado, o autor apresentou reclamação a Corte Europeia de Direitos Humanos alegando primordialmente ofensa ao art. 8 da Convenção de Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais..

¹⁰ Art. 5º, XII,CF - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A matéria fática relevante ao caso resume-se a que o autor trabalhou de 01 de agosto de 2004 a 06 de agosto de 2007 para uma empresa privada e a pedido da mesma criou uma conta de Yahoo Messenger com ao propósito de responder a questões dos clientes. Em 13 de Julho de 2007 o empregador informou-o que havia monitorado as comunicações efetuadas pelo Yahoo Messenger de 05 a 13 de Julho de 2007 e que esses registros demonstravam a utilização da internet para fins pessoais, contrariamente as normas da empresa. O empregado negou as acusações, mas foi confrontado com 45 páginas de comunicações, incluindo comunicações pessoais com sua noiva e seu irmão. A transcrição também continha 5 SMS que o autor tinha trocado com sua noiva de uma conta pessoal do Yahoo Messenger. Com base em tais provas, a empresa despediu o autor.

O autor procurou o Poder Judiciário local, que julgou o pedido improcedente ao argumento de que o autor foi informado das normas internas que proibiam o uso dos recursos da empresa para fins pessoais. Em sede de recursos interposto ao Tribunal de segunda instância de Bucareste, este entendeu que a conduta do empregador tinha sido razoável e que o monitoramento digital das comunicações do trabalhador era o único método existente para averiguar a incidência da infração contratual.

Inconformado, recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos alegando ofensa ao art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos do homem,, que assim dispõe:

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

2 Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Os precedentes da corte analisados no caso demonstram que a Corte entende que embora o propósito do artigo citado seja essencialmente proteger um indivíduo contra interferência arbitrária das autoridades públicas, o direito não apenas compele o estado a se abster de interferir como também a adotar medidas positivas do assegurar o respeito a vida privada mesmo nas esferas das relações entre particulares (Procs 4066/08 e 60641/08.

Assim, a corte teria que analisar se o Estado da Romênia, no contexto de sua obrigação positiva aluz do art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, fez o balanço adequado entre o respeito a vida privada e os interesses do empregador. Nesse

contexto, concluiu que não houve falta de equilíbrio do Estado Romeno, pelo que, a unanimidade, conheceu da reclamação por violação do art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas julgou-a improcedente, no placar de 6 X 1, vencido o Juiz Pinto de Albuquerque, que juntou voto divergente.

No voto divergente, o Juiz Pinto de Albuquerque entendeu que não havia uma política de fiscalização do uso da internet devidamente implementada pelo empregador e que a natureza pessoal e sensível das comunicações do empregador que tinham sido objeto de ampla divulgação levavam a impossibilidade de seu acesso pelo empregador. Assim, entendeu o magistrado que o acesso e análise não consentidos das comunicações do trabalhador apenas deveriam ser permitidos excepcionalmente e mediante autorização judicial.

Por fim, assentou o voto divergente que ainda que se aceitasse o monitoramento realizado, a empresa não tomou as medidas de precaução necessárias para assegurar que as mensagens de conteúdo altamente sensível se restringissem ao procedimento disciplinar, tendo, pois, ultrapassado em muito o que era necessário para produzir os efeitos pretendidos, o que levaria a possibilidade de ressarcimento por danos materiais e morais.

4.. Privacidade X Poder Diretivo do empregador : parâmetros fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a jurisprudência brasileira

A análise dos casos *Barbulescu X Romania* leva à conclusão de que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assentou que o controle efetuado pelo empregador sobre seu empregado foi: 1) possível – porque o empregado sabia que poderia ser controlado e o empregador agiu no estrito âmbito das suas prerrogativas legais e contratuais; 2) razoável, porque a medida tomada era a única forma de levar a cabo tal controle 3) proporcional, porque levou em conta o equilíbrio da vida privada e profissional do empregado.

A Corte definiu que o empregado não tinha uma expectativa razoável de privacidade, na medida em que o empregador divulgara previamente que poderia controlar os meios telefônicos e de internet utilizados pelo empregado no local de trabalho.

As cortes brasileiras possuem um posicionamento oscilante sobre o tema, porem tendendo a se posicionar da mesma forma que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS VIA SKYPE. Apesar de o skype se tratar de ferramenta de comunicação acessível ao público em geral, quando destinada pelo empregador como ferramenta de trabalho. Apesar de o skype se tratar de ferramenta de comunicação acessível ao público em geral, quando destinada pelo empregador como ferramenta de trabalho, equipara-se à ferramenta corporativa. Portanto, não ofende o direito à intimidade, tampouco viola o sigilo da correspondência, o acesso pelo empregador ao conteúdo das mensagens trocadas pelos seus empregados em computadores da empresa, durante o expediente de trabalho, mormente quando cientificados os trabalhadores dessa possibilidade. TRT-12 - RO: 00007023820145120052 SC 0000702-38.2014.5.12.0052, Relator: GISELE PEREIRA ALEXANDRINO, SECRETARIA DA 3A TURMA, Data de Publicação: 11/09/2015)

TRT-PR-16-10-2007 JUSTA CAUSA. ENDEREÇO ELETRÔNICO PARTICULAR (E-MAIL). MONITORAMENTO PELO EMPREGADOR. IMPOSSIBILIDADE. Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, o que não se justifica em se tratando de e-mail pessoal e particular, pois nesta hipótese o direito à intimidade protege a vida privada do empregado, salvaguardando um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas (art. 5º, X, CF), inclusive por parte de seu empregador. A prova obtida nessa situação é ilícita (art. 5º, LVI, CF). (TRT-9 3058200513905 PR 3058-2005-13-9-0-5, Relator: LUIZ CELSO NAPP, 4A. TURMA, Data de Publicação: 16/10/2007)

Nos casos citados, tem-se a jurisprudencia de Tribunais Regionais no sentido de que é viável o monitoramento do email corporativo, e, a contrário sensu, o email pessoal seria inviolável. No mesmo sentido, o TST se direciona a partir do paradigmatico caso que analisou o tema há mais de dez anos:

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (email- particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado email- corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao

magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o email- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o email- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de email- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de email- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em email- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (TST - RR: 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma., Data de Publicação: DJ 10/06/2005.)

Assim, em se tratando de email corporativo os Tribunais Trabalhistas Pátrios vem entendendo pela possibilidade de controle, pois teria natureza jurídica de ferramenta de trabalho.

Há que se ressaltar, ainda, que embora o TST entenda ser possível o monitoramento do email corporativo, não necessariamente a utilização para fins pessoais gerará a dispensa por justa causa:

A utilização de equipamentos patronais para a administração de interesses privados não é, por si só, causa para a ruptura do vínculo trabalhista por justa causa, sobretudo ante a constatação de que não houve qualquer reprimenda intermediária e gradual por parte do empregador, configurando-se a dispensa por justa causa, nesse caso, um exercício abusivo do poder disciplinar (aplicação de penalidade desproporcional per saltum). Registre-se que o fato de o empregador ter investigado a empregada no curso do gozo de afastamento previdenciário e ter descoberto que ela mantinha a administração de seus interesses privados durante o período de

convalescência em nada modifica o entendimento aqui delineado. Incólume, pois, o art. 482, "d", da CLT, ante a não configuração da hipótese de justa causa sob comento. Incidência da Súmula nº 296, I, do TST.(TST, RR - 447-94.2011.5.04.00245ª Turma, Relator: Ministro Emmanoel Pereira, 28.08.15)

Há que se estabelecer, nesta linha, a diferenciação entre a hipótese que o empregador expressamente proíbe a utilização para fins pessoais, como no caso paradigmático *Barbulescu X România* e a hipótese em que não há tal proibição. Há que se destacar que várias outras ferramentas são utilizadas no ambiente do trabalho e nem por isso se cogita da legítima ofensa do direito ao sigilo. Assim, por exemplo, não se entende cabível a utilização de escutas telefônicas no ambiente de trabalho, muito embora os telefones colocados à disposição do trabalhador pela empresa sejam também instrumentos de trabalho. Igualmente, em relação à correspondência epistolar, a eventual utilização do papel e envelope fornecidos pela empresa também não autoriza a violação do sigilo de correspondência. Desta forma, trata-se apenas de uma nova ferramenta estabelecida através da utilização de uma nova tecnologia. Isso, porém, não pode alijar o respeito necessário à garantia inserta no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal

Por outro lado, há que se frisar, na esteira do voto divergente do Julgado estudado da Corte Européia de Direitos Humanos, que deve haver a advertência de possibilidade de monitoramento, ou seja, o empregador deve deixar clara a sua política de monitoramento digital, para que o empregado não tenha a razoável expectativa de privacidade de suas mensagens lançadas através dos correios eletrônicos.

Considerações Finais

A análise dos caso *Barbulescu X Romania* empreendida neste artigo leva a conclusão de que a Corte Europeia de Direitos Humanos assentou que o controle efetuado pelo empregador sobre o email do empregado em ferramenta cedida pela empresa é possível desde que o empregado saiba que pode ser controlado, ou seja, se tal hipótese vier prevista em regulamento interno ou no próprio contrato de trabalho. Ademais, entendeu ser razoável o controle e ainda proporcional, vez que levou em conta o equilíbrio da vida privada e profissional do empregado.

Verifica-se que a jurisprudência brasileira também se orienta no sentido de ser possível o monitoramento de email do empregado, desde que se trate do email corporativo, o que, não necessariamente leva à demissão por justa causa nas hipóteses de uso privado, tendo em vista a observância das particularidades de cada caso concreto.

No entanto, há que se ressaltar que o empregador deve deixar clara a sua política de monitoramento digital, para que o empregado não tenha a razoável expectativa de privacidade de suas mensagens eletrônicas.

Referencias

ARAÚJO, José Carlos E. Transformações no conceito de trabalho e sociedade pós-industrial. In: VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). *Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo: LTr, 2003. p. 17-62.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Rosineide Venâncio Mayer. Vol.1 São Paulo: Paz e Terra, 2007.

Convenção Européia de Direitos do Homem. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>

Corte Européia de Direitos Humanos. *CASE OF BĂRBULESCU v. ROMANIA: Application no. 61496/08*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>. Acesso em 04 de junho de 2016.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; TIBURSKI, C.; MOREIRA, Q. C. C. Direitos humanos e internet: liberdade de expressão, direito à honra e a responsabilidade civil do provedor de conteúdo no STF. In: 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direito da Sociedade em Rede, 2013, Santa Maria-RS. *Anais do 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: GT 2 Mídia e liberdades*. Santa Maria-RS: UFSM, 2013, v. 2. p. 265-279.

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

Corte Européia de Direitos Humanos. PUNTOS CLAVE DEL CASO BĂRBULESCU v. ROMANIA: ACCESO A PROGRAMA DE MENSAJERIA INSTANTANEA DEL TRABAJADOR. Disponível em <http://www.juliabacaria.com/2016/01/puntos-clave-del-caso-barbulescu-v.html> Acesso em 04 de julho de 2016.

MOURA, Paulo C. *A crise do emprego: uma visão além da economia*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho* São Paulo: LTR, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, Otávio Pinto. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTR, 2005