

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

**A SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA E O PANOPTISMO: O DIREITO
FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO**

**THE SURVEILLANCE SOCIETY AND THE PANOPTICISM: THE
FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN THE BRAZILIAN CONTEXT**

**Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira
Alexandre Ribeiro da Silva**

Resumo

O presente trabalho visa a estudar a privacidade como direito fundamental no contexto da contemporânea sociedade da vigilância sob o marco teórico do pensamento de Stefano Rodotà. Além disso, pretende compreender os reflexos de tal concepção para o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais. Almeja também trazer à baila a polêmica questão acerca dos e-mails corporativos e o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a proteção à privacidade do empregado. Ainda, propõe relacionar a vigilância constante na qual somos submetidos ao Panoptismo de Michel Foucault, uma vez que nossa liberdade tornou-se peremptoriamente vigiada.

Palavras-chave: Sociedade de vigilância, Direito fundamental à privacidade, Proteção de dados, Panoptismo

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to study the privacy as fundamental right in the context of the contemporary surveillance society under the theoretical framework of Stefano Rodotás thought. Therefore, this article intends to comprehend the consequences of such conception for the Brazilian legal system, considering the Constitution and infra-constitutional laws. It also intends to bring up the controversial issue about the corporate emails and the current understanding of Superior Labor Court of Brazil concerning to the protection of employees privacy. Furthermore, purposes to relate the constant surveillance in which we are submitted to Michel Foucaults Panopticism, once our freedom has become peremptorily watched.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Surveillance society, Fundamental right to privacy, Data protection, Panopticism

INTRODUÇÃO

Nosso momento histórico é permeado pela contradição. Ao mesmo tempo em que a utilização de dados pessoais e a diminuição da privacidade são considerados elementos em prol de uma supostamente necessária segurança, a proteção à vida privada dos indivíduos configura-se como direito fundamental e garantido constitucionalmente.

Nesse contexto, o hodierno e imprescindível uso da tecnologia nos mais diversos ramos e a apropriação de dados pessoais para a defesa coletiva, inclusive quanto ao combate ao terrorismo, coexistem ao lado movimentos nacionais e internacionais para a defesa da privacidade.

A vigilância contínua que nos é direcionada funciona de modo muito semelhante ao Panoptismo foucaultiano. Os efeitos dessa observação rotineira são permanentes, ainda que a ação seja descontínua, uma vez que não é possível saber o momento exato em que somos alvos dos olhares do sistema. E é assim que a relação de poder se mantém e o domínio se perpetua.

Sendo assim, no presente artigo trataremos, brevemente, da privacidade como direito fundamental no contexto de uma sociedade da vigilância, sob o marco teórico de Stefano Rodotà, relacionando-as ao Panoptismo de Michel Foucault. Para tal compreensão quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, traremos também a este cenário algumas normas constitucionais e infraconstitucionais e a controversa temática acerca do acesso ao e-mail corporativo.

1 A SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

Nossa sociedade está cada vez mais circundada pela vigilância. Os cidadãos, por conseguinte, tornam-se meros dados em prol de uma suposta segurança coletiva. A proteção às informações pessoais torna-se questão de menor importância em comparação ao que é considerado necessário para que tenhamos segurança.

De acordo com Stefano Rodotà (2008, p. 137), a tutela das informações pessoais desponta como elemento essencial da personalidade e da cidadania. Sendo assim, da

amplitude e da efetividade das garantias asseguradas à privacidade depende a possibilidade de que nossa sociedade de informação evolua para uma sociedade do conhecimento e do saber e não para uma sociedade da vigilância, do controle e da classificação.

A privacidade é direito fundamental que, no Brasil, tem sua jusfundamentalidade atestada através da proteção inserida na Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a inserção desse direito no rol do artigo 5º (incisos X e XX) promove a sua relação com a dignidade humana, que é elemento basilar de nosso ordenamento jurídico.

Ressaltemos, pois, que a dignidade é considerada atualmente como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano. Não é por acaso que Jürgen Habermas (2010, p. 466) considera que a dignidade não é apenas uma expressão classificatória, mas um recurso moral de onde os direitos fundamentais derivam os seus significados. A dignidade humana, que é uma e a mesma em todos os lugares e para todas as pessoas, fundamenta a indivisibilidade de todas as categorias de direitos humanos (HABERMAS, 2010, p. 468-469).

Na mesma esteira, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 378) afirma que a dignidade humana é concomitantemente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, condição dúplice que também abaliza uma conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

Sendo assim, continua Sarlet (2007, p. 378), como limite, a dignidade ocasiona não somente que a impossibilidade de a pessoa ser reduzida à condição de simples objeto da ação própria e de terceiros, mas inclusive o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra ações que a violem ou a exponham a nocivas ameaças. E como tarefa – inerente à previsão constitucional, explícita ou implícita, da dignidade humana – decorre dela deveres concretos dos órgãos estatais de tutelá-la, com a proteção da dignidade a todos e a garantia, inclusive, por meio de medidas positivas (prestações), do seu respeito e da sua promoção.

Sarlet (2007, p. 368) ainda afirma que o elemento nuclear da noção de dignidade humana parece continuar sendo reconduzido precipuamente à matriz kantiana, centrando-se, por consequência, na autonomia e no direito de autodeterminação do indivíduo.

Deve-se então considerar que a dignidade implica uma obrigação geral de respeito à pessoa, por seu valor intrínseco como pessoa, explanada em direitos e deveres correlativos, e de caráter não apenas instrumental, mas relacionada a um conjunto de bens imprescindíveis ao “florescimento humano” (SARLET, p. 369-370).

Destacada, de tal modo, a inseparável e inexorável relação entre os direitos fundamentais e a dignidade, cumpre tratarmos, neste momento, especificamente do direito fundamental à privacidade.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 407-408) aduzem que o direito à privacidade tem por objeto os comportamentos e os acontecimentos atinentes às relações pessoais, comerciais e profissionais que a pessoa não deseje que sejam de conhecimento público. Além disso, afirmam que “no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo” (2012, p. 410).

Para José Afonso da Silva (2009, p. 206), a privacidade abarca um conjunto de informações sobre o indivíduo sobre as quais ele pode decidir manter sob o seu controle exclusivo ou mesmo comunicar, decidindo, ainda, a quem, quando, onde e em quais condições, sem que seja legalmente compelido a isso.

Zulmar Fachin (2012, p. 256) considera que a vida privada é o espaço reservado a cada pessoa que não pode ser invadido por outrem, sem seu consentimento. Por seu turno, a intimidade tem sido considerada uma dimensão específica da privacidade. E quanto à conceituação de intimidade, consoante Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 35), podemos afirmar que:

O conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

Conforme Rodotá (2008, p. 24), parece ser cada vez mais frágil a definição de “privacidade” como “direito a ser deixado só”. Em seu lugar surge o entendimento cuja base é representada pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Sendo assim, hodiernamente destaca-se a probabilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício do poder em seus mais variados aspectos com base na disponibilização de informações.

Na temática ligada à privacidade, a ênfase foi colocada de modo cada vez mais nítido na necessidade de eliminar ou mesmo reduzir a ingerência de sujeitos externos na esfera privada das pessoas. Conseqüentemente, poderá assim ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade e a participação de maneira autônoma nas vidas política e social. E isso explica a razão pela qual as próprias exigências de segurança pública não podem nunca reduzir a privacidade a formas incompatíveis com as qualidades próprias a uma sociedade democrática;

e por que a lógica econômica não pode legitimar a redução das informações pessoais a mercadorias (RODOTÁ, 2008, p. 237).

Entretanto, não podemos olvidar que é crescente a necessidade das instituições públicas e privadas na obtenção de dados particulares, devendo-se somar tal conjuntura às novas formas de coleta e tratamento de informações que foram possibilitadas pelo uso dos computadores.

A defesa da privacidade não é possível por meio de uma ação que combata essa tendência à utilização de tecnologias considerada usual em todas as organizações sociais modernas. Ao contrário, deve-se considerar as transformações que tal prática causa na distribuição e no uso do poder pelas estruturas públicas e privadas. E, “somente assim será possível desfazer o nó das relações entre a tutela das liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial”. (RODOTÁ, 2008, p. 24)

Assim, para defender a privacidade não é suficiente elaborar um sistema para conter o poder dos computadores quanto às suas particulares formas de utilização. O que se torna necessário, em verdade, é conectá-las aos distintos significados que possam assumir no conjunto do sistema político.

Nesse sentido, segundo Rodotá (2008, p. 24), pelo discernimento das raízes do poder fundado na disponibilidade das informações e de seus detentores reais, tornar-se-á possível não apenas projetar formas de contra-poder e de controle. Será também plausível aproveitar as possibilidades ofertadas pela tecnologia da computação a fim de tentar produzir formas distintas de gestão de poder, capazes de oferecer às liberdades individuais modos de expansão que antes eram inimagináveis.

Entretanto, considerando-se que a dignidade é elemento basilar dos direitos fundamentais, inclusive do direito fundamental à privacidade, cabe ao Poder Público nortear suas ações para a sua preservação e a sua promoção, possibilitando a sua consequente fruição. O respeito à privacidade, sendo esta um direito fundamental, é tarefa imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

Não é por acaso que Habermas (2010, p. 368) compreende que os cidadãos apenas têm iguais oportunidades de utilizar tais direitos fundamentais quando simultaneamente desfrutam as garantias em um nível suficiente de independência em suas vidas privada e econômica e quando são aptos a formar as suas identidades pessoais no ambiente cultural por eles escolhidos:

In fact, however, the citizens have equal opportunities to make use of these rights only when they simultaneously enjoy guarantees of a sufficient level of independence

*in their private and economic lives and when they are able to form their personal identities in the cultural environment of their choice*¹.

A privacidade, como garantia da possibilidade de livre escolha e de formação autônoma, desse modo, configura-se como ingrediente essencial para o respeito à dignidade. Todavia, ainda há clara necessidade de eliminar ou reduzir ingerências de sujeitos externos na esfera privada das pessoas, de forma que a privacidade reste mantida. E, assim, pretende-se evitar que as escolhas pessoais de vida sejam condicionadas por pressões públicas e privadas, permitindo a cada um agir autonomamente e em conformidade aos preceitos constitucionais.

Mas a luta contra o terrorismo e a necessidade de segurança em detrimento à liberdade acarretam um controle social crescente. A vigilância é então transferida do excepcional para o cotidiano: torna-se uma situação corriqueira e abarca todos os grupos de pessoas. Todavia, tal vigilância não conhece limites e se desenvolve a passos largos.

2 O PANOPTISMO NA SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA CONTEMPORÂNEA

Nessa conjuntura da sociedade da vigilância é interessante que destaquemos o Panoptismo tratado por Michel Foucault na obra *Vigiar e Punir*². Trata-se literalmente de um anel dividido em celas que circunda uma torre, sendo que janelas permitem que a luz atravesse tais celas. E, então, basta colocar um vigia na torre central, trancando em cada cela um “anormal”, que pode ser uma pessoa considerada louca, doente ou condenada.

De acordo com Michel Foucault (2013, p. 189-190), o Panóptico de Bentham é a figura arquitetural da divisão entre o “normal” e o “anormal” a que todo indivíduo é submetido, sendo aplicada de modo binário a objetos totalmente distintos. Portanto, há um conjunto de técnicas e de instituições que assumem a atividade de medir, controlar e corrigir os “anormais”, disciplinando os dispositivos que o medo clama.

¹ Na verdade, porém, os cidadãos têm iguais oportunidades de fazer uso desses direitos apenas quando eles desfrutam simultaneamente as garantias de um nível suficiente de independência em suas vidas privada e econômica e quando eles são capazes de formar as suas identidades pessoais em um ambiente cultural de sua escolha.

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

Ou seja, a invenção de Bentham funciona para exercer uma repressão considerada “benévola” ao controlar e vigiar o autocontrole dos observados, sendo o meio de transição entre a sociedade da violência e a sociedade da vigilância.

Aquele que é observado torna-se objeto de uma informação e nunca sujeito de uma comunicação. E, por conseguinte, “a multidão, massa compacta, local de múltiplas trocas, individualidades que se fundem, efeito coletivo, é abolida em proveito de uma coleção de individualidades separadas” (FOUCAULT, 2013, p. 190).

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação. (FOUCAULT, 2013, p. 191) (grifos nossos)

O vigiado tem dúvidas acerca da presença-ausência do vigilante onisciente. E, por não saber se é ou não visto em determinado momento, atua como se o fosse durante todo o tempo. Por conseguinte, a relação entre dominante e dominado se mantém.

De acordo com Foucault (2000, p. 62), o sonho de Bentham, no qual apenas um indivíduo poderia vigiar o mundo todo, realizou-se. E talvez não tenha se realizado na forma arquitetônica que Bentham havia proposto, mas é preciso recordar que o criador do Panoptismo afirmava, em verdade, ser ele uma forma de exercer poder. Sendo assim, “*tenemos unas estructuras de vigilancia absolutamente generalizadas*”³ (FOUCAULT, 2000, p. 65).

Nossa sociedade da vigilância tornou-se uma reprodutora do modelo Panóptico. Somos vigiados, mas não sabemos se de fato estamos sendo vistos pelos vigilantes detentores de poder. Sabemos, apenas, que estes são oniscientes e podem ter acesso às nossas informações queiramos ou não.

É um Panoptismo no qual o Estado, ou mesmo grupos privados, são detentores do constante domínio de nossos dados pessoais, vigiando-nos sem que tenhamos controle do exato momento em que isso ocorre, mas mantendo-nos em constante estado de visibilidade. As informações coletadas não apenas tornam as organizações públicas e privadas dotadas de capacidade de planejar e executar os seus programas: permitem o fortalecimento de poderes já existentes ou o surgimento de novas concentrações de poder.

E esse modo Panóptico de atuação deve ser enxergado de forma crítica. O fato é que, de acordo com Rodotá (2008, p. 233), na ausência de uma forte tutela das informações que lhe

³ Temos algumas estruturas de vigilância absolutamente generalizadas.

dizem respeito, a pessoa torna-se cada vez mais ameaçada a ser discriminada pelas suas opiniões, crenças religiosas, condições de saúde. Logo, a privacidade se apresenta como um elemento fundamental da sociedade da igualdade, sendo condição essencial para a inclusão na sociedade de participação, especificando-se como um componente essencial da “sociedade da dignidade”. E mais:

Sem uma forte tutela dos dados referentes às convicções políticas ou à inscrição em partidos, sindicatos, associações, os cidadãos sofrem a ameaça de exclusão dos processos democráticos: dessa forma a privacidade torna-se uma condição essencial para a inclusão na sociedade da participação. Sem uma forte tutela do “corpo eletrônico”, do conjunto de informações recolhidas a nosso respeito, a própria liberdade pessoal está em perigo e resulta muito evidente que a privacidade é um instrumento necessário para defender a sociedade da liberdade e para se opor às forças que levam à construção de uma sociedade da vigilância, da classificação, da seleção social. (RODOTÁ, 2008, p. 233-243)
(grifos nossos)

De acordo com Rodotá (2008, p. 144), por conseguinte, a privacidade é projetada para além de sua clássica definição como “direito de ser deixado só” e mostra-se como parte imprescindível da liberdade existencial, como “tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social”. Sob esse ângulo, a privacidade:

Transforma-se em um poder social, o de controlar diretamente os sujeitos públicos e privados que tratam os dados pessoais. Assim, em uma sociedade na qual as informações se tornam a riqueza mais importante, a tutela da privacidade contribui de forma decisiva para o equilíbrio dos poderes. Eis porque o fim da privacidade não representaria somente um risco para as liberdades individuais: ele pode efetivamente conduzir ao fim da democracia.

A proteção da privacidade e de dados pessoais, outrossim, é necessária para a consecução da dignidade, da liberdade e da igualdade em uma sociedade democrática. E, ainda, a reconstrução das relações entre privacidade e dignidade se apresenta como fator fundamental para o contraste das lógicas que transformam nossas organizações sociais em sociedades da vigilância, da classificação e da seleção discriminatória (RODOTÁ, 2008, p. 237-238).

Ironicamente, sustenta-se que a passagem de formas concentradas de controle em determinados indivíduos e grupos sociais etiquetados de modo preconceituoso como “perigosos” para um controle universal acarretou um efeito de “democratização”. De acordo com Rodotá (2008, p. 238), “todos iguais, visto que todos controlados e fichados. A igualdade perante o Estado seria garantida somente pelo abandono de qualquer garantia”.

Essa mesma sociedade da vigilância, cujos mecanismos são considerados cada vez mais usuais contemporaneamente, pode desprezar a dignidade, denegar a liberdade e, ainda, fragilizar a democracia em prol de uma segurança que demonstra, a cada dia, ser inatingível.

Mesmo a liberdade infinita que a Internet, em tese, possibilitaria não se encontra imune ao sistema Panóptico, que insiste em nos permear e por tal motivo a sociedade da vigilância torna-se cada vez mais forte.

Rodotá (2008, p. 145-146) aduz que as câmeras de vídeo para vigilância, a coleta inexorável das pistas deixadas pela utilização do cartão de crédito ou durante a navegação na rede mundial de computadores, a produção e a venda de perfis pessoais cada vez mais analíticos, a interligação entre os mais distintos bancos de dados indicam, na verdade, a expansão progressiva de uma sociedade da vigilância, do controle e da classificação.

A sociedade da vigilância não desaparece; ao contrário, aproveita as novas oportunidades para se fortalecer. Ao mesmo tempo, emerge e consolida-se a sociedade da classificação, na qual está ínsita a possibilidade de produção incessante de perfis individuais, familiares, de grupo. Dessa forma, a pessoa, a cada momento, pode se tornar o usuário privilegiado de um serviço, o destinatário de uma campanha publicitária, ou o excluído da possibilidade de aproveitar determinadas oportunidades sociais. (RODOTÁ, 2008, p. 157) (grifos nossos)

Ressaltemos, ainda, que em uma sociedade de vigilância a insegurança e o medo são substitutos do desejo de liberdade. De acordo com Gabriela Rodríguez Fernández (2010, p. 43):

Estar seguro ya no es un estatus, sino un perfil que se corresponde a una actividad: comporta a la vez pertenecer al grupo de quienes pueden ser parte normalizada del mercado de consumo de bienes de seguridad — alarmas, servicios de vigilancia, GPS, etc.— y ser un sujeto que participa de las actividades que favorecen la creación de bases de datos al servicio del control —viajes en avión, uso de Internet y de telefonía móvil, tarjetas de crédito, etc⁴.

Esses dispositivos de segurança não apenas impõem que seja possível saber onde e como estão os integrados e os excluídos do sistema, mas também criam necessidades aos primeiros – conexões ao telefone e à internet, *check-in* rápidos nos aeroportos, identificação instantânea nas portas dos estabelecimentos, compras eletrônicas, etc. – que tornam possível esse controle (FERNÁNDEZ, 2010, p. 45).

⁴ Estar seguro já não é um status, senão um perfil que corresponde a uma atividade: comporta tanto pertencer ao grupo das pessoas que podem ser parte normalizada do mercado de consumo de bens de segurança – alarmes, serviços de vigilância, GPS, etc. – quanto ser um sujeito que participa das atividades que favorecem a criação de bases de dados a serviço do controle – viagens de avião, uso de Internet e de telefonia móvel, cartões de crédito, etc.

Segundo Fernández (2010, p. 45), nesse contexto a atividade empresarial encontrou um novo campo de negócio, fundamentalmente no setor de serviços, fazendo surgir a “indústria de segurança”. Tal setor compreende atividades como a prestação de serviços de vigilância em centros comerciais, provisão de maquinaria e *software* para a segurança aeroportuária, a gestão de sistemas de coleta e processamento de dados pessoais e econômicos, o que não inclui necessariamente em seu *ethos* a proteção aos direitos dos usuários.

Una parte considerable de estas actividades se sustenta en la capacidad de recoger, almacenar y procesar datos que producimos en nuestra vida cotidiana; en muchas ocasiones, esta circunstancia no es advertida por el usuario de páginas web, bibliotecas, tarjetas de crédito, sistemas de pago automáticos en autopistas (el «teletac») o teléfonos móviles, sea porque antijurídicamente no le es advertido o porque se condiciona la prestación o la rapidez del servicio a la aceptación de esta recogida. Los datos así obtenidos son además intercambiados entre las empresas y, en ciertos supuestos, compartidos con la administración a fines de control⁵. . (FERNANDEZ, 2010, p. 46-47)

A proteção dos dados pessoais foi alçada a condição de uma das garantias fundamentais do cidadão reconhecida pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶. Destaca-se que tal direito será exigível quando as informações forem recolhidas por uma agência estatal e também quando o forem por um sujeito de direito privado, uma vez que, na conjuntura atual, as informações pessoais transformaram-se em mercadoria utilizada ao bel-prazer de entidades públicas e particulares.

A proteção insuficiente em matéria de dados pessoais pode se converter em gatilho para violações mais extremas dos direitos humanos. Por exemplo, de acordo com Fernández (2010, p. 47), o cidadão sírio/canadense Maher Arar foi sequestrado de Nova York, no ano de 2002, e levado à Síria, onde foi torturado em um centro de detenção da Agência de Inteligência Estadunidense (CIA). Um ano depois ele foi liberado, uma vez que se constatou que as acusações basearam-se na incorreção dos dados que a agência de inteligência

⁵ Uma parte considerável dessas atividades se sustenta na capacidade de coletar, armazenar e processar dados que produzimos em nossa vida cotidiana; em muitas ocasiões, esta circunstância não é notada pelo usuário de páginas web, bibliotecas, cartões de crédito, sistemas de pagamento automático em rodovias (o “teletac”) ou telefones móveis, seja porque ilegalmente não lhe é avisado ou porque se condiciona a prestação ou a rapidez do serviço à aceitação desta coleta. Os dados assim obtidos são ainda trocados entre as empresas e, em certos casos, compartilhados com a administração com fins de controle.

⁶ Artigo 8.º Direito ao respeito pela vida privada e familiar
Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

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 econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

canadense havia recebido sobre ele, o que motivou erroneamente a suspeita de que ele pertencia a um grupo terrorista. Em setembro de 2009, o governo pagou dez milhões de dólares canadenses como indenização a Maher Arar.

É, portanto, imperioso o respeito ao direito fundamental à privacidade dentro de um ordenamento jurídico democrático, sob o risco de se cometer graves atentados contra a dignidade, a liberdade e a igualdade humanas. Ainda que tais ocorrências possam acarretar indenizações vultosas às vítimas, tal como ocorreu com Maher Arar, jamais ressarcirão emocional e psicologicamente aqueles que sofreram ou sofrem as consequências da afronta ao direito fundamental em estudo.

O controle sobre os dados pessoais de um determinado indivíduo pode significar em última análise, segundo o caso aqui trazido à baila, um novo tipo de ameaça à pessoa trazida pelo Panoptismo, uma vez que ninguém se encontra isento de uma vigilância que também pode cometer erros na sua percepção e na sua interpretação de dados.

Diante do exposto, podemos perceber que o sistema Panóptico, que se faz presente em nosso contexto de modo cada vez mais ululante, é uma forma de exercício de poder e também de manutenção do mesmo, uma vez que aqueles que detêm os nossos dados e fazem uso dele são, muitas vezes, os que já dominam determinado contexto. E, nessa conjuntura, além de sermos alvos da vigilância incessante, podemos ser também vítimas do próprio Panoptismo, com conclusões fundadas em dados equivocados – mas que constam no sistema – acerca de nossa vida privada.

3 A PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Conforme já mencionado, a privacidade é um direito fundamental protegido constitucionalmente. Logo, a Constituição Federal de 1988 assegura a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Garante, ainda, o direito à indenização diante de dano material ou moral decorrente da violação daquelas e determina ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e também das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial⁷.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O direito fundamental à privacidade também detém status de direito da personalidade, que é adquirido com o nascimento com vida, conforme o artigo 2º do Código Civil⁸ (CC) brasileiro. Igualmente, o artigo 20 do mesmo dispositivo legal⁹ considera que exceto se autorizadas, ou se indispensáveis à administração da justiça ou à conservação da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão de palavras ou, ainda, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de um indivíduo, poderão ser proibidas, através do requerimento deste e sem prejuízo da indenização que lhe couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou foram destinados a fins comerciais. Do mesmo modo, o artigo 21 do Código Civil¹⁰ atesta que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Conforme mencionado alhures, a proteção à privacidade trata-se, por conseguinte, de direito fundamental que é também um direito da personalidade. Mas tal proteção deve ser condizente às modificações sociais e aos avanços tecnológicos.

A Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011) disciplina a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Além disso, regula a objetividade, a clareza, a facilidade de compreensão e a veracidade para a coleta de dados que serão usados para avaliar a situação econômica do titular, garantindo também o acesso a todos os dados armazenados e a responsabilidade sobre a atualização e a correção das informações obtidas.

Já a Lei do Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011) regulamenta o acesso a informações previstas no inciso XXXIII¹¹ do artigo 5º, no inciso II¹²

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

XII - 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. (grifos nossos)

⁸ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁹ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

¹⁰ Art. 21. **A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.** (grifos nossos)

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

do § 3º do artigo 37 e no § 2º¹³ do artigo 216 da Constituição Federal. Seu artigo 31¹⁴ afirma como será o tratamento das informações pessoais, mencionando-se a necessidade de transparência, de respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

Demonstrando novamente ser importante a proteção de dados pessoais, a Lei “Carolina Dieckmann” (Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012) dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Tal legislação incluiu o artigo 154-A no Código Penal, que trata da invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, através de violação indevida de mecanismos de segurança e com o objetivo de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou, ainda, instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita¹⁵.

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

¹⁴ Art. 31. **O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.** (grifos nossos)

¹⁵ Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (grifos nossos)

Do mesmo modo, a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, ou “Marco Civil da Internet”, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Seu artigo 8º dispõe essencialmente sobre a garantia do direito à privacidade e também acerca da nulidade das cláusulas contratuais que possam violar as comunicações privadas dos usuários da internet:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. (grifos nossos)

O artigo 10 do mesmo dispositivo legal considera que o conteúdo digital privado somente poderá ser acessado e disponibilizado mediante ordem judicial. Seu *caput* aduz, ainda, que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes que estejam direta ou indiretamente envolvidas¹⁶.

O Brasil também se aproxima do movimento internacional de proteção de dados pessoais. O anteprojeto da Lei de Proteção de Dados, que esteve em consulta pública até o início de julho de 2015, almeja garantir aos cidadãos direitos básicos acerca de seus próprios dados pessoais, mesmo que armazenados em centrais fora do país. Possui como objetivo garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos

¹⁶ Art. 10. **A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.**

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º **O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.**

§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, **pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.**

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais. (grifos nossos)

fundamentais da pessoa, essencialmente quanto à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar, conforme os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal¹⁷.

Cumpramos ressaltar, de acordo com Laert Mantovani Júnior (2010, p. 30-31), que vivemos em uma sociedade cada vez mais vigiada que se justifica em razão de uma suposta proteção à segurança e aos interesses coletivos, mas há um núcleo essencial que deve ser respeitado pelo Poder Público e por todos, não cabendo a quem quer que seja adentrar nele sem a devida autorização do detentor da privacidade.

Diante do exposto e na ausência de direito fundamental absoluto, vale lembrar também que o direito à privacidade não deve ser aprioristicamente sobreposto ao direito à liberdade de expressão. Ambos devem ser alvos de ponderação no caso concreto. Segundo Mendes e Branco (2012, p. 411), tal como ocorre em relação a qualquer direito fundamental, o direito à privacidade também encontra limitações resultantes da vida em sociedade e outros valores de ordem constitucional.

Todavia, a privacidade é elemento basilar da própria liberdade de expressão, já que certas articulações sociais e políticas dependem daquela para que ocorram. E, quando o Estado ou entes privados empregam práticas exacerbadas de vigilância, coíbem consequentemente o livre pensamento e a livre comunicação, uma vez que a privacidade é um direito fundamental que deve ser garantido e preservado em uma ordem democrática a fim de que o cidadão possa buscar a sua plena autonomia.

4 A SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA E O PANOPTISMO PATRONAL: E-MAILS CORPORATIVOS E A PRIVACIDADE DO EMPREGADO

A proteção à privacidade também se estende ao ambiente de trabalho. Sendo direito fundamental, a privacidade e, por conseguinte, a intimidade deverão ser respeitadas em toda e qualquer ocasião, já que são inerentes à pessoa. Assim, não pode o empregador ignorar a

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

XII - 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. (grifos nossos)

existência dos preceitos constitucionais que protegem o direito fundamental à privacidade e nem as legislações infraconstitucionais que dispõem sobre ele.

Todavia, no ambiente laboral convivem, muitas vezes de forma pouco harmônica, o poder diretivo do empregador, com fundamento patrimonial e orientado pelo contrato de trabalho, e o direito fundamental à privacidade do empregado, do qual emana o direito à intimidade e ao sigilo de correspondência, também assegurados pela Constituição Federal.

O poder diretivo não é tratado de modo direto pela legislação pátria. O seu significado decorre do conceito de empregador contido na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Desse modo, o artigo 2º da CLT confere ao empregador o poder diretivo, que se manifesta por meio do controle, da vigilância e da fiscalização como modos de avaliar o cumprimento da obrigação do empregado, para, eventualmente, adotar medidas disciplinares¹⁸.

Quanto à privacidade do empregado, Leda Maria da Silva e Lory Kurahashi (2008, p. 3863) afirmam que o direito à intimidade abarca fatos da vida pessoal daquele que até mesmo a família pode desconhecer, tais como hábitos e vícios. Além disso, a vida privada do funcionário abrange também relações familiares e com terceiros.

Entretanto, mesmo diante das proteções constitucional e legal quanto à privacidade do usuário, há diferença de tratamento no que tange aos e-mails corporativos, cujo uso indevido, negligente ou malicioso poderá acarretar consequência danosas para os empregados.

Isso é devido ao fato de que o inciso III do artigo 932 do Código Civil¹⁹ aduz que o empregador é responsável pela reparação civil por seus empregados no exercício do trabalho que lhes compeliu ou em razão dele. Ou seja, é possível haver consequências e responsabilidades para a empresa devido ao comportamento do empregado no exercício do trabalho ou em razão dele. Por conseguinte, sob esse aspecto seria cabível à empresa ou ao empregador fiscalizar o e-mail corporativo.

¹⁸ 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.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (grifos nossos)

¹⁹ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, **por seus empregados**, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. (grifos nossos)

O poder diretivo patronal detém limites fundamentados no respeito à dignidade e à liberdade do empregado, constitucionalmente reconhecidas. E é justamente nesse equilíbrio imprescindível entre os limites impostos ao direito à intimidade do empregado e ao direito de dirigir a atividade econômica inerente ao empregador que as dificuldades aparecem.

Consoante Alexandre Agra Belmonte (2007, p. 162), o direito à intimidade do empregado não retira do empregador o poder diretivo destinado à viabilização do contrato e do desenvolvimento habitual da atividade empresarial. Assim:

Se o equipamento colocado à disposição do empregado, verdadeira ferramenta de trabalho de uso corporativo, é destinado à realização do serviço que o contrato tem por objeto, não se justifica a sua utilização com abuso ou desvio de finalidade, por exemplo, para a disseminação de vírus de computador, divulgação de informações sigilosas, distribuição de fotos pornográficas e congestionamento da rede ou uso do computador para assuntos particulares, como downloads de piadas, de papéis de parede/protetores de tela e de animações, trocas de arquivos de interesse particular e acompanhamento de atividades do programa de televisivo Big Brother. (grifos nossos)

Belmonte (2007, p. 162), contudo, afirma ser recomendável que o empregador exerça tal vigilância com aviso prévio e de modo generalizado e impessoal, verificando materialmente apenas em caso de urgência ou de fundadas suspeitas de má utilização.

Interessante destacar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) determinou que não há ilicitude quando a empresa acessa a caixa de e-mail corporativo do empregado. A título de exemplificação, cabe salientar o caso²⁰ no qual a Sexta Turma do TST negou o recurso no qual um empregado de uma indústria farmacêutica almejava reverter a sua demissão por justa causa após a comprovação do uso do e-mail corporativo da indústria para a troca de mensagens de conteúdo inadequado.

Acresça-se, ainda, que o Tribunal Regional, mediante a análise do conjunto probatório, manteve a justa causa aplicada, sob os seguintes fundamentos:

“Ante o depoimento do autor e de sua testemunha, **não há dúvida de que o recorrente sabia que tal conduta era proibida na empresa, mas mesmo assim participava da troca de ‘e-mails corporativos’** com conteúdos pornográficos. (...) No caso dos autos, está comprovado que o autor não apenas recebeu mensagens pornográficas de outros colegas através de ‘e-mail corporativo’, mas também utilizava-se [sic] do mesmo para enviar essas mensagens a outros empregados.” (fls. 564 e 566 - doc. seq. 01).

Logo, no tocante ao tema "dispensa por justa causa", diante do quadro delineado pelo Regional, verifica-se que sua decisão está em linha de convergência com o art. 482, alíneas b e h, da CLT, qual seja, **dispensa por justa causa em decorrência de incontinência de conduta e ato de indisciplina ou de insubordinação, devidamente comprovados.** (grifos nossos)

²⁰ Processo nº TST-AIRR-157200-16.2005.5.01.0043

Portanto, se o empregado for previamente avisado que o e-mail corporativo deverá ser usado tão somente para finalidades profissionais, poderá a empresa monitorar o conteúdo supostamente sem desrespeito à norma constitucional e às legislações infraconstitucionais. E, se o empregado vier a utilizar o e-mail corporativo para fins particulares, o acesso pelo empregador não caracterizará violação da privacidade daquele.

Isso não ocorre quanto ao e-mail pessoal do empregado e, neste caso, além da proteção constitucional²¹, a prática configurará ato ilícito, conforme o artigo 187 do Código Civil²², passível de indenização em desfavor do empregador. Assim, em relação às correspondências de cunho pessoal, apenas por razões circunstanciais e através de autorização judicial prévia será possível que o empregador tenha acesso a elas, respondendo este por eventuais prejuízos causados ao empregado (BELMONTE, 2007, p. 162).

Todavia, o empregado encontra-se em relação de subordinação, e não de igualdade, perante o empregador, havendo claro caráter hierárquico na relação de emprego. Não há, em verdade, consentimento real por parte do funcionário, que deve se submeter à constante vigilância patronal.

O fato é que o poder manifesta-se em distintos setores da vida em sociedade e resta presente também nas relações jurídicas, inclusive na relação de emprego. Consoante Alice Monteiro de Barros (2011, p. 59), o chefe pode impor limites às ações dos funcionários, que acatam aqueles seja diante da impossibilidade de oposição ou do reconhecimento da necessidade de permanecerem unidos.

Diante da possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro é um tanto quanto labiríntico quanto à privacidade, que é elencada como um direito fundamental garantido constitucionalmente e também por legislações infraconstitucionais, mas paradoxalmente pode ser alvo de invasões através da contínua fiscalização do correio eletrônico corporativo do empregado pelo empregador. A mencionada violação, conforme o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, surpreendentemente não configura indenização por dano moral ao empregado, ainda que no e-

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

XII - 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

²² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

mail corporativo estejam contidas informações de cunho pessoal e referentes à vida privada do trabalhador.

Trata-se da institucionalização do Panoptismo foucaultiano: permite-se a vigilância contínua mesmo que a ação daquele que vigia seja descontinuada. Ou seja, o funcionário é ininterruptamente alvo do poder diretivo e fiscalizador do empregador ainda que suas informações pessoais estejam expostas. E, desse modo, a relação de poder é mantida inclusive no âmbito da privacidade do empregado, uma vez que aquela é inverificável, pois o funcionário nunca deve saber se está sendo observado, contudo, deve ter a certeza de que sempre pode sê-lo.

CONCLUSÃO

A privacidade é considerada um direito fundamental que está previsto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Desse modo, são consideradas invioláveis a intimidade, a vida privada a honra e a imagem das pessoas e, por conseguinte, os dados pessoais também são alvos de proteção. Visa-se, outrossim, a assegurar inclusive a dignidade humana, que é elemento basilar para a consecução de um Estado Democrático de Direito.

Não podemos olvidar que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata (§ 1º, artigo 5º, CF). Logo, não será cabível o descumprimento às mesmas ainda que na ausência de leis infraconstitucionais.

A despeito da eficácia horizontal relacionada aos direitos fundamentais, há no Brasil também leis que visam a preservação da privacidade e dos dados pessoais, o que denota a importância daquele direito fundamental. A Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011), a Lei do Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011), a Lei “Carolina Dieckmann” (Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012) e o “Marco Civil da Internet” (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014) disciplinam a temática acerca da privacidade e dos dados pessoais. E, finalmente, ainda nessa direção, nosso país aproxima-se do movimento internacional de proteção de dados pessoais, com o anteprojeto da Lei de Proteção de Dados, a fim de que sejam coibidos os abusos daqueles que os utilizam por terem acesso aos mesmos.

Fica patente, logo, que a privacidade configura-se como um direito fundamental diante da necessidade da formação autônoma do indivíduo, que deve se desenvolver livremente em consonância às suas convicções e sem quaisquer ingerências externas.

Destarte, cumpre ressaltar novamente que a privacidade hoje conecta-se à probabilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseando-se na disponibilização de informações, ou seja, de dados pessoais. Relaciona-se, portanto, à ideia de ser uma pessoa livre de intromissões e dotada de autonomia para perseguir os seus reais anseios. Ou seja, a privacidade é a capacidade concedida à pessoa de retirar a interferência alheia da esfera de sua vida privada, cabendo-lhe decidir quais aspectos relacionados àquela serão mostrados a outros indivíduos, além de estabelecer o modo e o momento nos quais isso ocorrerá.

E é essa privacidade que permite que a própria liberdade de expressão seja exercível, uma vez que se apresenta como uma condição para a inclusão na sociedade de participação e na sociedade da dignidade. Isso devido ao fato de que quando desprovido de sua privacidade, o indivíduo poderá ser discriminado por seus hábitos, crenças religiosas ou mesmo condições de saúde. Por conseguinte, a privacidade é, ainda, elemento essencial da sociedade da igualdade.

Todavia, mesmo diante das proteções constitucional e infraconstitucional supramencionadas, ainda vislumbramos um crescente invasão à privacidade e utilização indevida de informações pessoais tanto por parte do Poder Público quanto por parte de entes privados. O cidadão torna-se, então, um mero fornecedor de dados, sem que a ele pertença algum poder de controle.

Supostamente somos constantemente vigiados e nossos dados pessoais acabaram transformando-se em reles mercadorias a serem comercializadas sem o nosso consentimento ou, ainda, em instrumentos para a manutenção do poder. Em nossa sociedade, estamos indubitavelmente submetidos a um sistema Panóptico de vigilância: não temos certeza quanto ao momento em que seremos observados, mas, por via das dúvidas, devemos sempre atuar conforme prega o mencionado sistema.

Essa realidade é, por exemplo, refletida na possibilidade de o empregador ter acesso ao e-mail corporativo do empregado – ainda que o mesmo detenha conteúdo pessoal – e este ato não vem sendo configurado como invasão de privacidade. Ao empregador é permitido monitorar o correio eletrônico do funcionário, ao passo que o empregado poderá ser dispensado por justa causa se for constatado o uso considerado inadequado do e-mail corporativo. Desse modo, o poder de direção patronal permite a vigilância categórica e

peremptória. Por conseguinte, induz-se no empregado um estado consciente e permanente de visibilidade que garante o funcionamento automático de poder, como lecionou Foucault: a vigilância torna-se permanente em seus efeitos ainda que seja descontinua em sua ação.

Essa sensação de vigilância constante perpassa toda a sociedade sob o manto da normalidade aparente. Já não somos mais os donos de nossa privacidade e de nossos dados pessoais. Há uma contínua erosão das prerrogativas do ser humano e de sua dignidade diante do argumento da busca incessante e da necessidade premente de uma suposta segurança.

Criticamos, pois, essa pretensa normalidade, que insiste em ser delineada pelo sistema, na desconsideração de nosso direito fundamental à privacidade. A vigilância é despida de limites e com o passar do tempo e dos acontecimentos tornamo-nos mais submissos a ela. Devemos, ao contrário, perceber de forma crítica e cautelosa as demonstrações cotidianas, e já consideradas comuns, do fenômeno Panóptico e também da sociedade da vigilância que nos rodeiam, respaldados no argumento falacioso de que assim estará garantida a perene segurança, o que é, na verdade, uma mera utopia.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 73, n. 2, p. 158-185, abr./jun. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

_____. **Decreto-lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

_____. **Lei n. 12.414**, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

_____. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

_____. **Lei n. 12.737**, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação de delitos informáticos, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

_____. **Superior Tribunal do Trabalho**. Processo nº TST-AIRR-157200-16.2005.5.01.0043. Agravo de instrumento. Despedida motivada. Justa causa. Ônus da prova. Verbas rescisórias. FGTS. Multa. Seguro-desemprego. Min. Rel. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 20 de fevereiro de 2013, p. 01-04.

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem**. Estrasburgo-França: Conselho da Europa, [s. d.]. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERNÁNDEZ, Gabriela Rodríguez. **Lo cotidiano del control en la gubernamentalidad liberal del siglo XXI: una lectura desde Foucault, treinta años después**. In: Contornos bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social. Barcelona: Anthropos, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones**. Trad. Miguel Morey. Madrid: Alianza, 2000.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Metaphilosophy**, Malden-MA, United States, v. 41, n. 4, July 2010.

MANTOVANI JÚNIOR, Laert. **O direito constitucional à intimidade e a vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Leda Maria Messias da; KURAHASHI, Lory. **Os direitos de personalidade do empregado no ambiente de trabalho**. Anais do Encontro Nacional do CONPEDI. Organização: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.