

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29527-dignidade-protegida-diante-das-novas-tecnologias-empresa-a-rea-condenada-por-submeter-empregado-ao-detector-de-mentira>

Autore: Dárlen Prietsch Medeiros

Dignidade protegida diante das novas tecnologias: Empresa aérea é condenada por submeter empregado ao “detector de mentira”

**DIGNIDADE PROTEGIDA DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS:
Empresa aérea é condenada por submeter empregado ao “detector de mentira”^I**

Dárten Prietsch Medeiros^{II}

Quando se trata de direito do trabalho e novas tecnologias uma lacuna enorme se apresenta. A inexistência de normas reguladoras e o desconhecimento dos novos equipamentos e suas conseqüências tornam este caminho mais árduo. Paralelamente cresce o discurso de flexibilização (leia-se precarização) dos direitos trabalhistas e é exatamente neste contexto os direitos fundamentais dos empregados tem sido mitigados. Decisões afrontando os direitos dos empregados não são incomuns, e é por esta razão que as decisões que acolhem esses direitos devem ser aplaudidas e divulgadas.

Após mais de seis anos de espera uma ex-empregada de companhia aérea teve reconhecido que seu direito à privacidade foi desrespeitado no curso do contrato de trabalho. A decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) noticiada em seu *site* no dia 18/03/2010 foi no sentido de restabelecer a condenação aplicada em 1º grau (Processo nº. 00281-2004-092-03-00-4) que havia sido afastada pelo tribunal regional. O ministro da 6ª turma, Mauricio Godinho Delgado entendeu que o uso do detector de mentiras (polígrafo) não se configurava como questionamento técnico e sim como violação ao artigo 5, X da Constituição Federal tendo em vista o teor das perguntas aplicadas, o relator ainda sustentou que as perguntas além de violarem o preceito constitucional, ainda poderiam servir para fins discriminatórios. Esta decisão representa uma vitória dos direitos

^I Artigo elaborado em Março de 2010.

^{II} Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ), Graduada pela Universidade Federal de Pelotas/RS (UFPel). Bolsista CNPq.
<http://lattes.cnpq.br/3348422538034971>

fundamentais do trabalhador sobre o poder econômico e por esta razão merece reflexão.

Sempre que o judiciário precisa enfrentar situações envolvendo as novas tecnologias surgem decisões controvertidas, não raras vezes os direitos fundamentais dos empregados são negligenciados em nome do poder diretivo do empregador, corrente doutrinária que ganha força no cenário de precarização e flexibilização do direito do trabalho.

No caso noticiado o uso do detector de mentiras de forma lesiva foi punido, no entanto, muitas decisões contrárias e este entendimento precederam esta decisão, tanto nos regionais como no TST, como explica Estevão Mallet:

Na jurisprudência brasileira, chegou-se mesmo a admitir o uso do polígrafo, ante o interesse público na preservação da segurança de certas atividades, o que se afigura excessivo. O interesse público não justifica toda e qualquer quebra da intimidade, cuja salvaguarda é também de interesse público. (MALLET, 2007:6)

É interessante demonstrar que há pouco tempo, a mesma turma havia decidido de forma contrária, ou seja, considerando que o uso do polígrafo não feria o artigo 5º, X da Constituição, como demonstrado a seguir:

RECURSO DE REVISTA DA AMERICAN AIRLINES E DA PRUDENCIAL SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO LTDA. ANÁLISE DE MATÉRIA COMUM. DANO MORAL. SUBMISSÃO DE EMPREGADO DO SETOR DE SEGURANÇA A TESTE DO POLÍGRAFO. NORMAS AEROPORTUÁRIAS. TRATAMENTO A TRABALHADORES COM A MESMA FUNÇÃO DA AUTORA. PEDIDO NÃO VINCULADO A MODALIDADE DE DISPENSA DE EMPREGADO. OFENSA À HONRA E À PRIVACIDADE NÃO DEMONSTRADA. No caso dos autos, não há dúvida, diante da delimitação fática trazida, que a adoção do sistema de teste do polígrafo ao qual foi submetido a empregada, se deu como meio de segurança e não como meio de colocar o empregado em situação humilhante. Resta delimitado que o sistema visa o resguardo da segurança dos usuários, a

preocupação de evitar-se o contrabando e de se pôr fim ao tráfico de drogas, a obediência a normas da Infraero, do DAC (Departamento de Aviação Civil Brasileira) e do FAA (Agência Reguladora da Aviação Norte Americana), a função exercida pela reclamante, o atentado aos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, a inexistência de divulgação, o consentimento do empregado, a aplicação do teste a todos os trabalhadores e o poder diretivo do empregador, em especial, de todos os objetivos traçados com a adoção da medida, a função exercida pela reclamante e a inexistência de divulgação, destacado que todos os reclamantes na mesma função tinham tratamento igual. Destaque-se que não se discute aqui a legalidade da utilização do sistema de detecção de mentiras, cujas oscilações e aplicações no meio penal não são incondicionalmente aceitos, com o fim de busca da verdade, mas se de sua utilização, nos moldes mencionados, traduz-se ofensa à honra, à dignidade, à intimidade do trabalhador a ele submetido, a amparar a indenização pretendida. Desvinculado o pedido de indenização a eventual dispensa da autora em razão da submissão a teste de polígrafo, não há se falar em ofensa à honra, à intimidade ou à privacidade, pois não há nexo de causalidade, nem dano pela adoção da medida, em face de regras de segurança aeroportuárias, a determinar reparação por dano moral, pois evidenciada tão-somente a preocupação com a segurança dos usuários de transporte aéreo, inclusive do trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido para excluir da condenação o dano moral. RECURSO DE REVISTA DA AMERICAN AIRLINES. TRANSCENDÊNCIA. A aplicação do princípio da transcendência, previsto no art. 896-A da CLT, ainda não foi regulamentada no âmbito deste c. Tribunal. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Referência à Súmula 331 do c. TST sem indicar contrariedade à qual item se refere não possibilita o conhecimento do apelo nos termos do artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Prejudicado o exame, em face da exclusão do dano moral. (RR nº 298/2003-092-03-00, 6ª Turma do TST, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga. j. 17.12.2008, maioria, DJ 13.02.2009).

Paralelamente havia algumas decisões condenando o uso deste equipamento (inclusive contra a mesma reclamada), como no caso noticiado, onde a sentença de 1º grau havia condenado a empregadora ao pagamento de danos

morais pela afronta ao preceito constitucional. Neste sentido merece destaque a decisão a seguir colacionada pela análise ampla que faz do uso do equipamento:

CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONDICIONADA A RESULTADO OBTIDO ATRAVÉS DE TESTE DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. O polígrafo ou "detector de mentiras" (lie detector), máquina inventada no ano de 1.921, foi introduzida no Brasil nos anos sessenta e banida uma década depois. Registra, de forma simultânea, mudanças nos processos fisiológicos, através da medição de batidas do coração, respiração e pressão arterial. Parte-se da premissa de que, enquanto mentimos, sofremos alterações fisiológicas. Contudo, é sabido que indigitadas mudanças não derivam apenas de mentiras, mas também por causas diversas, como tristeza, timidez, angústia, entre outros. Fato concreto é que estudiosos do mundo todo são unânimes em asseverar que não há qualquer prova de que o polígrafo possa medir, de maneira incontestada, se o ser humano está mentindo ou sendo honesto, razão pela qual muitos países não têm admitido como meio de prova os resultados obtidos através de testes de polígrafos. Ademais, as perguntas formuladas pelo empregador não guardam qualquer relação com o vínculo empregatício mantido entre os litigantes e configuram notória violação aos termos expressamente consubstanciados pelo artigo 1º da Lei nº 9.029/95 e dispostos nos incisos do artigo 5º da Carta Magna vigente. Não se pode olvidar, outrossim, que a inserção da empregada no ambiente do trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. Portanto, não há dúvida de que o uso do polígrafo por parte da recorrente apresenta-se como ilegal e ao permitir essa lógica do mercado de aviação, é dizer, essa política equivocada de gerenciamento, estaríamos reduzindo a importância do Direito do Trabalho brasileiro e a força normativa de seus princípios, restringindo o trabalhador à condição de objeto. O empregador deve exercer seu poder diretivo, e esse exercício não lhe autoriza jamais dirigir a vida do empregado. Configurado o ilícito praticado pela reclamada, para atender exigência da empresa aérea "American Airlines", a condenação ao pagamento de indenização por danos morais é medida que se impõe. (Recurso Ordinário, Processo nº 01275.2003.311.02.00-9 (20050694051), 6ª Turma do TRT

da 2ª Região/SP, Rel. Valdir Florindo. j. 04.10.2005, Publ. 14.10.2005).

Assim, uma nova tomada de decisão do TST no RR-28140-17.2004.5.03.092 serve de combustível para a luta contra a ofensa indiscriminada dos direitos fundamentais dos empregados. Uma vez que O artigo 5º, X da Constituição Federal dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Se a Constituição Brasileira garante a inviolabilidade da privacidade, o empregado pode dispor deste direito? A assinatura de um termo permitindo a violação de sua privacidade pode ser considerada válida? Considerando que os direitos fundamentais são absolutos, irrenunciáveis e intransmissíveis não se pode abdicar deles, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito ou oneroso. Desta forma, sendo indemissível que a concordância do empregado em passar por este constrangimento possa eximir a culpa do empregador, pois como é de conhecimento de todos, o emprego muitas vezes é a única forma de conferir dignidade ao indivíduo, e por esta razão ele se submete a situações que não se submeteria se não necessitasse permanecer empregado.

Outros casos de abuso no poder do empregador com a utilização das novas tecnologias tem sido verificados, e também nestes casos algumas decisões tem sido no sentido de compactuar com a violação a direitos fundamentais como aconteceu em relação ao uso do e-mail corporativo, cuja decisão e abaixo colacionada:

PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA ILÍCITA - ACESSO PELO EMPREGADOR À CAIXA DE E-MAIL CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO - ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST.

1. Consoante a diretriz da Súmula 126 do TST, é incabível o recurso de revista para reexame de fatos e provas.
2. In casu, pretende o Reclamante modificar a decisão vergastada, ao argumento de que a prova acostada aos

autos é ilícita, porquanto consubstanciada no acesso à sua conta de e-mail pessoal, quando o Regional, ao enfrentar a questão, entendeu que a prova era lícita, porque se tratava de acesso, pela Reclamada, ao conteúdo do e-mail corporativo fornecido ao Reclamante para o exercício de suas atividades funcionais, do qual se utilizava de forma imprópria, recebendo fotos com conteúdo que estimulava e reforçava comportamentos preconceituosos. Além disso, os e-mails continham conversas fúteis que se traduziam em desperdício de tempo.

3. Com efeito, as alegações obreiras esbarram no óbice do referido verbete sumulado, porquanto pretendem o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.

4. Por outro lado, ainda que o presente recurso não ultrapasse a barreira do conhecimento, a controvérsia em torno da licitude ou não da prova acostada pela Reclamada, consubstanciada no acesso à caixa de e-mail corporativo utilizado pelo Reclamante, é matéria que merece algumas considerações.

5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas.

6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de e-mail a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho.

7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do e-mail corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à Internet, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei.

8. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo

empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa.

9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de e-mail fornecido pelo empregador aos seus empregados. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR nº 1542/2005-055-02-40, 7ª Turma do TST, Rel. Ives Gandra Martins Filho. j. 04.06.2008, unânime, DJ 06.06.2008).

Como não existe nenhum dispositivo de lei regulamentando a utilização do e-mail corporativo, a jurisprudência se consolidou na aceitação da invasão de privacidade em nome de um direito que entendeu maior, o direito de propriedade (eis que o e-mail, o computador e a internet seriam ferramentas de trabalho como se depreende da ementa acima). Neste sentido cabe destacar a reflexão de José Eduardo Resende Junior:

O empregador não tem permissão para violar correspondência. Só o juiz tem esse poder constitucional, e mesmo assim desde que estejam envolvidos delitos criminais. A jurisprudência do TST está concedendo ao empregador mais poderes que o constituinte concedeu ao próprio juiz (Chaves Jr, 2009:1)

Como visto neste caso o poder diretivo extrapola as prerrogativas constitucionais de um Juiz, demonstrando mais uma vez que o princípio da proporcionalidade não foi o norteador desta corrente. E neste tipo de decisão pode estar a justificativa para futuras decisões envolvendo as novas tecnologias se estas idéias não forem combatidas desde já. No mesmo sentido Jorge Luis Souto Maior assim discorre:

Ao se permitir que uma pessoa tenha acesso a mensagens de outra pessoa, emitidas em mecanismos que, naturalmente, trazem aspectos de intimidade, mesmo que o meio utilizado para a comunicação seja de propriedade daquele que monitora, abre-se uma porta muito perigosa em termos de direitos fundamentais, pois, na confrontação de valores, diz-se que o direito de propriedade sobressai sobre o direito à intimidade. O problema, portanto, é o da flexibilização de um direito fundamental, o que, por certo, quando aceito, não se limita à hipótese concreta posta em

discussão. Fixa-se um pressuposto jurídico perigoso que serve tanto para aquele caso em exame como para vários outros, extrapolando mesmo a mera relação de emprego, isto é, podendo atingir a todos os cidadãos em qualquer situação (pois o contrário seria discriminação: considerar que apenas a privacidade do empregado, porque subordinado, está sujeita a restrições). E, lembre-se: "onde passa um boi, passa uma boiada". (SOUTO MAIOR, 2006:9)

É evidente que juntamente com toda esta modernização nas relações de emprego, também evoluem as formas de fraude à lei, interpretações restritivas e outras situações, no entanto, como lembra Chiarelli: Para o funcionamento da empresa, continua sendo indispensável a existência de empregados típicos. Para isso, as relações típicas de emprego devem ser mantidas, sem prejuízo das devidas adaptações e reformas. (CHIARELLI, 2006:21) E são estas adaptações e reformas, que acabam sendo realizadas pelos operadores do direito no dia a dia dos tribunais.

Assim, considerando a inexistência de normas reguladoras das novas tecnologias no local de trabalho, toda decisão deverá ser tomada tendo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana que, no ambiente de trabalho, se apresenta sob a forma de direitos fundamentais do empregado.

Desta forma, a existência de decisão recente reconhecendo o direito a privacidade da empregada poderá se tornar norte para futuras decisões, apagando o impacto negativo de decisões anteriores onde estes direitos eram negligenciados. Cumprindo destacar que na ausência de legislação específica aplicável nos casos envolvendo as novas tecnologias e existindo normas constitucionais que se enquadram naturalmente às inovações tecnológicas, estas deverão ser observadas em consonância com os direitos fundamentais do trabalhador, cuja essência se encontra na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CHAVES JR, José Eduardo Resende. **Vigiar e Punir**. Virtua Legis, 2009. Disponível em Fonte: <http://blog.virtualegis.com.br/2009/09/13/vigiar-e-punir/>. Acesso em 18 de Março de 2010.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **Trabalho: Do hoje para o amanhã**. São Paulo:LTR: 2006.

JURIS PLENUM TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA, Caxias do Sul: Plenum, n. 28, jan./fev. 2010. 1 CD-ROM.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho**. *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária*, Caxias do Sul: Plenum, n. 4, fev./mar. 2006. 1 CD-ROM

MALLET, Estevão. **Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho**. *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária*, Caxias do Sul: Plenum, n. 13, ago. 2007. 1 CD-ROM.

REFLEXÕES TRABALHISTAS. **Finalmente! Empresa Aérea é condenada pelo TST por submeter empregado ao “detector de mentira”**. Publicação 18/03/2010. Disponível em: <http://reflexoestrabalhistas.blogspot.com/2010/03/finalmente-american-airlines-e.html>. Acesso em 19/03/2010.

TST Notícias. **Empresa aérea é condenada por submeter empregado ao “detector de mentira”**. Publicação em 18/03/2009. Disponível em http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=10434&p_cod_area_noticia=ASCS