

VIGIAR E PUNIR



José Eduardo de Resende Chaves Júnior¹

O *Pan-óptico*, o terrível sistema de adestramento social criticado por Michel Foucault, cuja designação foi inspirada no centro penitenciário de mesmo nome idealizado pelo filósofo utilitarista Jeremy Bentham no final do Século XVIII, que permitia vigiar todos os prisioneiros sem que eles soubessem se estavam ou não sendo observados, está em gestação na Câmara dos Deputados, por meio do Projeto de Lei n. 3893/2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), que autoriza a violação do e-mail corporativo do empregado.

Esse PL não é apenas inconstitucional, é sobretudo inconveniente, pois ao tentar legalizar a cultura do BBT (*Big Brother no Trabalho*), só faz aumentar a relação de desconfiança entre patrão e empregado. Se a idéia é fazer um *upgrade* nas relações de trabalho, sem dúvida, o caminho é via contrária, ou seja, o fortalecimento da fideducía entre as partes.

A CASA DO CASEIRO. A jurisprudência predominante no Tribunal Superior do Trabalho tem caminhado no sentido de privilegiar os interesses empresariais, em detrimento da intimidade e privacidade do trabalho. O fundamento principal da jurisprudência nessa matéria funda-se no argumento de que o e-mail corporativo é ferramenta de trabalho.

Tal fundamento, contudo, não nos convence, porquanto o fato de se constituir como ferramenta de trabalho não elide o *status* da proteção constitucional que é destinada à privacidade e intimidade do trabalhador, da mesma forma que a *casa do caseiro* é também considerada ferramenta de trabalho, pela mesma jurisprudência, e nem por isso pode ser violada pelo patrão, seja a que pretexto for.

De toda forma, não é preciso dizer que ‘instrumentalizar’ a intimidade e a privacidade do cidadão, seja ele trabalhador ou não, é sempre perigoso. O Judiciário deve ser o garante e não o algoz desses direitos constitucionais.

O sigilo de correspondências virtuais só pode ser quebrado com ordem PRÉVIA do juiz e exclusivamente para efeitos PENALIS. Mero interesse estratégico, econômico ou disciplinar do empregador não pode suplantar a garantia prevista na Constituição. Esse entendimento aniquila na prática das relações de trabalho o inciso XII do art. 5º da Constituição, que dispõe:

“Art. 5º: 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)

¹ Juiz do Trabalho, Titular da 21ª Vara de Belo Horizonte. Doutor em Direitos Fundamentais pela *Universidad Carlos III de Madrid*. Presidente da Rede Latino-americana de Juizes – www.REDLAJ.com, Vice-presidente do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho – www.IPEATRA.org.br e Coordenador do Grupo de pesquisa GEDEL sobre Justiça e Direito Eletrônicos da Escola Judicial do TRT-MG. E-mail: pepe@ipeatra.org.br

A Lei 9.296/96, no inciso III de seu art. 2º, ao regulamentar o supra-referido preceito constitucional, no que tange às interceptações telefônicas, é expresso no sentido de vedar o monitoramento quando “*o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção*”.

Não bastasse, o art. 10 da mesma lei, define que é *crime* realizar interceptação de comunicações de *informática* ou *telemática*, sem autorização **judicial** ou com objetivos não autorizados em lei.

O trabalho a cada dia mais se mistura mais com a vida. O trabalhador é monitorado por satélite (caminhoneiros), por câmeras, por *paggers*, *smartphones*, *PDAs*, *palm tops*, até pelo *Google Maps*. Em contrapartida a esse avanço do trabalho sobre a vida privada, a esse trabalho a que prefiro denominar, inspirado em Foucault, de ‘*biopolítico*’, é preciso garantir-se mais ainda a intimidade e privacidade do empregado.

A relação de emprego e os interesses econômicos da empresa não excepcionam os direitos fundamentais do cidadão-trabalhador. Ao contrário, a subordinação e a coação econômica tornam os trabalhadores os cidadãos mais vulneráveis às violações de direitos humanos. O trabalhador não renuncia a seus direitos fundamentais ao ingressar no ambiente real ou virtual da empresa.

DECÁLOGO CONTRA O MONITORAMENTO DE E-MAIL. Para combater essa cultura de adestramento disciplinar do empregado, do *vigiar e punir*, proponho um decálogo contra o violação do e-mail corporativo cedido ao trabalhador, com regras bem claras:

1. O empregador pode, sim, estabelecer regras para uso do e-mail corporativo e exigir que ele só seja usado para fins profissionais;
2. A despeito disso, não pode violar a garantia constitucional (art. 5º, XII) a pretexto de vigiar seus interesses econômicos ou disciplinares. Violar tal garantia constitui inclusive crime (art. 10 da Lei 9.296/96).
3. A correspondência virtual decorrente do e-mail corporativo é prova ilícita e não pode ser usada no processo trabalhista. A única exceção é aquela produzida com ordem PRÉVIA de violação pelo JUIZ e se estiver em jogo delito PENAL (não mero interesse comercial ou disciplinar do empregador);
4. 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;
5. E-mail corporativo é correspondência; no mundo virtual da conectividade plena a distinção entre e-mail corporativo e e-mail privado é cada vez mais imprecisa, mormente a partir do conceito de *cloud computing*. Além de essa distinção não ter força bastante para excepcionar a Constituição da República, nunca é demais lembrar do argumento hermenêutico segundo o qual onde a Constituição não distingue não cabe ao intérprete distinguir;
6. É imprópria a analogia entre e-mail corporativo e envelope timbrado da empresa. Ninguém recebe correspondência alheia com timbre da própria empresa em que trabalha;
7. O fato de ser ferramenta de trabalho não elide a garantia constitucional. Da mesma forma, não se permite ao empregador a violação da casa do caseiro (que também é ferramenta de trabalho, segundo a jurisprudência trabalhista);

8. Não há propriamente ponderação entre a intimidade/privacidade do trabalhador e os interesses patrimoniais/comerciais e disciplinares da empresa. A relação não é de ponderação, mas de supremacia da 'dignidade' da pessoa do empregado. A empresa só por ficção jurídica pode se transformar em sujeito (de direito). A relação entre trabalhador e empresa constitui, em primeira ordem, uma relação entre sujeito e objeto;

9. O empregado não abdica de seus direitos fundamentais ao ingressar no ambiente físico ou virtual da empresa. Muito ao contrário, o empregado, sob o jugo da subordinação jurídica, sob a coação e a desigualdade econômicas, está mais vulnerável que o cidadão comum às violações dos direitos humanos, o que cobra do juiz do trabalho um proteção ainda maior que a destinada ao cidadão comum.

10. A intenção de monitorar os e-mails do empregado revigora a cultura da vida *on line*, do Grande Irmão Trabalhista, do empregador onisciente, enfim, do vigiar e punir. O trabalho cada vez mais se mistura com a vida, cada vez é mais biopolítico e opressor. É a vida cada vez mais invadida pelo trabalho. O adestramento disciplinar em última instância inverte a equação social de *trabalhar para viver*, convertendo-a em *viver para trabalhar*.