



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA DUQUE MARQUES

**INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO: PROVAS
ADVINDAS DE REDES SOCIAIS COMO MOTIVADORAS DA
JUSTA CAUSA**

Salvador
2017

LARISSA DUQUE MARQUES

**INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO:
PROVAS ADVINDAS DE REDES SOCIAIS COMO
MOTIVADORAS DA JUSTA CAUSA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Juliane Facó

Salvador

2017

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo.

À minha família, pelo suporte e incentivo diários, em especial à minha mãe, Marcia, meu porto seguro e ao meu pai, José Carlos, pelos ensinamentos. Mais do que a educação que me proporcionou, a formação humana foi o legado mais importante. Sou e serei eternamente grata por todo esforço e dedicação que a mim foram prestados. Obrigada por tudo, amo muito vocês.

À minha avó Gerolina (*in memoriam*) por ter contribuído de forma essencial na minha formação pessoal e profissional, sempre me incentivando e acompanhando em todos os momentos, sendo minha maior inspiração de mulher guerreira.

À minha prima Livia, pela ajuda prestada nos últimos momentos, não deixando com que o desespero tomasse conta de mim.

A todos os meus amigos, em especial a Cynthia e Marisa, não tenho como expressar em palavras o quanto me ajudaram ao longo do desenvolvimento deste estudo, além de estarem disponíveis sempre para me ajudar em qualquer situação – saibam que meu apreço por vocês é inestimável.

À minha orientadora, Juliane Facó, que em tempo record conseguiu exercer seu papel com maestria.

Aos colegas da Faculdade Baiana de Direito, pelos momentos compartilhados, principalmente os de desespero em véspera de prova.

Muito obrigada a todos, citados ou não, que sempre estiveram ao meu lado ao longo dessa caminhada.

“Seja resiliente, acredite na sua
força, no seu potencial, creia que
é capaz e você será!”

Roger Stankewski

RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar de que forma as redes sociais vêm interferindo na sociedade, em especial no ambiente laboral devido às questões relativas à matéria probatória que estão ensejando na dispensa por justo motivo. Neste âmbito, verifica-se a possibilidade de o empregador interferir na esfera privada do empregado, observando se essa interferência não causaria uma violação aos direitos da personalidade de intimidade e privacidade do sujeito subordinado juridicamente, uma vez que estes direitos são protegidos constitucionalmente. Contudo, cabe ressaltar que os empregadores também têm direitos fundamentais assegurados, devendo o empregado respeitá-los. Desta forma, serão examinados os poderes do empregador no contrato empregatício, bem como seus limites, envolvendo suas modalidades. Ademais, aborda-se a incidência dos direitos fundamentais, principalmente no que tange à intimidade, privacidade, liberdade de expressão e honra nas relações entre particulares. Por fim, analisa-se como os operadores do direito têm agido faticamente, notadamente no que tange à ponderação dos direitos assegurados *versus* os deveres contratuais, delineando de que forma o empregador pode exercer seu poder lícitamente, bem como as consequências geradas para o empregado.

Palavras-chave: poder empregatício; redes sociais; controle extralaboral; direitos da personalidade; privacidade; intimidade; liberdade de expressão; honra; poder diretivo; justa causa.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CF	Constituição Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PODERES DO EMPREGADOR NO CONTRATO DE EMPREGO	12
2.1 AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DE PODER NA SOCIEDADE	12
2.2 CONCEITO DE PODER HIERÁRQUICO E CRÍTICAS A ESTA DENOMINAÇÃO	14
2.3 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NO CONTRATO DE EMPREGO E SEUS LIMITES	15
2.3.1 Conceito.....	16
2.3.2 Natureza jurídica	22
2.3.3 Limites do poder diretivo.....	24
2.3.4 Funções diretivas.....	25
2.3.5 Poder fiscalizatório	26
2.3.6 Poder regulamentar	29
2.3.7 Poder disciplinar	32
2.4 DEVERES DO EMPREGADO NO CONTRATO DE EMPREGO.....	37
3 REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO USUÁRIO.....	41
3.1 REDES SOCIAIS	42
3.1.1 Conceito e histórico das redes sociais	44
3.1.2 Tipos de redes sociais.....	46
3.1.2 Redes sociais como um espaço legítimo de expressões individuais e coletivas	50
3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E USO DAS REDES SOCIAIS	52
3.2.1 Conceito dos direitos da personalidade.....	53
3.2.2 Características dos direitos da personalidade	61
3.2.2 Redes sociais e direito à liberdade de expressão	66
3.2.3 Redes sociais e o direito à intimidade e privacidade	70
3.3 LIMITES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS PELOS USUÁRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES.....	74

4 AS POSTAGENS EM REDES SOCIAIS COMO FUNDAMENTO PARA MOTIVAÇÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	79
4.1 O PODER DISCIPLINAR E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO	80
4.1.1 Critérios para aplicação das penalidades	83
4.1.1.1 Requisitos objetivos	84
4.1.1.2 Requisitos subjetivos.....	85
4.1.1.3 Requisitos circunstanciais	87
4.1.2 A extinção do contrato de emprego por justa causa do empregado: art. 482 da CLT	88
4.2 USO DE REDES SOCIAIS COMO FORMA DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR.....	90
4.2.1 Postagens públicas realizadas pelo empregado x postagens privadas ...	92
4.2.2 A possibilidade de controle do empregador na utilização das redes sociais pelo empregado	95
4.2.2.1 Análise da possível ofensa aos direitos da personalidade do empregado	96
4.2.2.2 Limites de atuação do controle do empregador.....	98
4.3 AS POSTAGENS EM REDES SOCIAIS COMO FUNDAMENTO PARA MOTIVAÇÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO: UMA ANÁLISE DO ART. 482 DA CLT	99
4.3.1 Ato de improbidade	101
4.3.2 Incontinência de conduta e mau procedimento	103
4.3.2 Negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado ou for prejudicial ao serviço	105
4.3.4 Condenação criminal do empregado passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena	107
4.3.5 Desídia no desempenho das funções	108
4.3.6 Embriaguez habitual ou em serviço	110
4.3.7 Violação de segredo de empresa	111
4.3.8 Ato de indisciplina ou insubordinação	112
4.3.9 Abandono de emprego	113

4.3.10 Ato lesivo da honra e boa fama.....	115
4.3.11 Jogos de azar	116
5 CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS	119
ANEXO I.....	128

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa revelou-se necessária pela importância de se compreender de que forma o papel das redes sociais influenciam o direito trabalhista da atualidade, notadamente no que diz respeito ao universo da vida íntima e privada do empregado.

A relevância do referido estudo para o campo do Direito do Trabalho, reside no fato de que os operadores do direito da sociedade contemporânea precisam apropriar-se e instrumentalizar-se para acompanhar o ritmo frenético da revolução digital, ainda não alcançada pelas normas pertinentes à matéria trabalhista.

O desafio deste trabalho foi, então, tentar compreender como as redes sociais vêm ganhando espaço na capilaridade das relações trabalhistas sem dispor, para tanto, de legislações e doutrinas robustas no estudo e solução de problemas que já se apresentam na realidade concreta, sendo talvez os julgados e precedentes judiciais os que de maior existe na atualidade em termos de apreciação de conflitos nesse campo.

Por sua vez, os ganhos sociais possíveis assentaram-se na possibilidade de identificar mecanismos de proteção e cautela por parte do trabalhador, a fim de não oferecer munhões que possam se reverter em elemento probatório para despedidas por justa causa.

Em contrapartida, as redes sociais podem representar um grande aliado nas relações trabalhistas para os empregadores, nas situações em que é explícito o mau uso desse meio de comunicação por parte dos empregados. Mau uso este que, pode ensejar a veiculação de uma imagem negativa da organização a qual aquele empregado está vinculado.

Daí porque as maiores empresas hoje investem em comunicação e segurança da informação, também com a finalidade de identificar problemas nessa área da expressão humana.

Diante do exposto, no segundo capítulo, primeiro de desenvolvimento, trata-se dos poderes do empregador no contrato de emprego, bem como os seus limites, entendendo que inicialmente há de se analisar esse instituto historicamente, para

que se compreenda a relação entre o campo do Direito do Trabalho e as manifestações de poder exercidas pelo empregador.

No terceiro capítulo, estuda-se como as redes sociais têm influência no mundo contemporâneo, a relativização dos direitos de intimidade e privacidade em face do uso das comunicações virtuais publicizadas, e como tais manifestações vêm municiando os casos de despedida por justa causa, possibilitando a formação de provas a partir de postagens em redes sociais, cerne deste estudo.

O quarto capítulo busca analisar no mundo dos fatos, como vem se dando este fenômeno de despedida por justa causa fundada em informações extraídas de redes sociais, e, especialmente, como vem se dando o exercício dos aplicadores do direito em razão de tais demandas, notadamente os caminhos encontrados para a resolução de conflitos diante do vazio legislativo especializado no campo das novas tecnologias, e dos grandes desafios impostos para salvaguardar direitos fundamentais tão prezados pela Carta Constitucional Brasileira.

Finalmente, longe de serem conclusivas, mas nas conclusões possíveis de serem extraídas do universo da presente pesquisa, são apresentadas algumas considerações em torno das relações pessoais e organizacionais no campo trabalhista, tendo como pano de fundo os novos hábitos desenvolvidos pela sociedade a partir do desenvolvimento digital e do mundo das comunicações virtuais, muitas vezes eivadas de impropriedades, e os limites e possibilidades dos alcances de tais dados para fins de formação de provas a fim de sustentar uma fundamentação de despedida por justa causa.

2 PODERES DO EMPREGADOR NO CONTRATO DE EMPREGO

Abordar o assunto do presente estudo monográfico – Intimidade e Privacidade do Empregado: Provas Advindas das Redes Sociais como Motivadoras da Justa Causa – é polêmico e questionável, uma vez que ainda não há disposições legais específicas e/ou suficientes para oferecer respostas que o tema vem exigindo dos aplicadores do Direito na atualidade.

Diante disso, se faz necessário, de antemão, rememorar quais são os poderes do empregador no contrato de emprego, bem como os seus limites. Neste capítulo, portanto, inicialmente há de se analisar esse instituto historicamente, para que se compreenda a relação entre o campo do Direito do Trabalho e as manifestações de poder exercidas pelo empregador.

Ademais, há de se fazer uma diferenciação entre poder empregatício e poder hierárquico, visto que este último é alvo de crítica doutrinária e, além disso, já foi ultrapassado por ser entendido como demasiadamente arbitrário.

Por fim, cabe neste trabalho explicar a natureza jurídica e definir os limites inerentes ao poder diretivo do empregador no contrato de emprego. Da mesma maneira, é essencial discutir sobre as demais modalidades de poder, que se externam no âmbito fiscalizatório, regulamentar e disciplinar.

2.1 AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DE PODER NA SOCIEDADE

É cediço que o poder empregatício, inerente ao contrato de trabalho, é um dos mais importantes elementos deste. Entretanto, para que se faça melhor a sua compreensão, é necessária a própria contextualização do que seria *poder* e suas modificações sofridas ao longo do tempo.

Como bem assinala Alice Monteiro de Barros¹ na Roma Antiga, a direção do círculo familiar, que era considerado um mundo à parte, era pertencente exclusivamente ao

¹BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 458.

pater familias, ou seja, o pai da família era quem detinha o poder político e jurisdicional, uma vez que a ordem jurídica estatal não entrava nos limites do *domus*, traduzido por residência. Na época medieval, por sua vez, houve uma acentuação no âmbito da sujeição devido aos rastros desvalidos pela escravidão. Já no regime liberal, operou-se um recuo no campo jurídico com a figura romana do arrendamento de serviço, possuindo o detentor do capital a faculdade de exercer amplamente o poder de direção².

Conclui-se, nesse diapasão, que o poder, desde seu surgimento, apresenta algumas manifestações, quais sejam: “a da força da autoridade, do poder, da liberdade e da resistência”³. Não significa dizer que, de forma linear e constante o poder estará sempre ao lado do empregador, por controlar o capital, mas a força de trabalho também reúne recursos que, especialmente em conjunto pode representar poder significativo, notadamente sua capacidade de resistência.

Logo, pode-se dizer que o indivíduo detentor do poder, traz consigo a devida influência para conseguir o que almeja em conformidade com seus ideais.

Explica Francisco das C. Lima Filho⁴ “[...] que o poder em qualquer âmbito é a capacidade de realizar os próprios desejos de maneira eficaz. Vale dizer: de cumprir os fins a que se propõe”.

Já Maurício Godinho Delgado⁵ afirma que:

Na verdade, o fenômeno do *poder*, em suas diversas áreas e projeções, é um dos mais relevantes e recorrentes na experiência histórico-social do homem. Em qualquer relação minimamente constante (e mesmo em inúmeros contatos apenas episódicos) entre duas ou mais pessoas ou entre grupos sociais mais amplos, o fenômeno do poder desponta como elemento central. Seja na dimensão estritamente interindividual, seja na dimensão que se estende cada vez mais ao universo societário, o poder surge como componente decisivo da experiência humana.

Assim, um dos aspectos mais significativos do poder no mundo hodierno se

²BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 458.

³*Ibidem*, *loc. cit.*

⁴LIMA FILHO, Francisco das C. O Fenômeno do Poder e Suas Manifestações. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, jul./dez. 2013 v. 15, n. 30, p. 55-77. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/30/artigos/artigo04.pdf>. Acesso em: 31/03/2017.

⁵DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 731.

manifesta no contexto do contrato empregatício, estabelecido entre empregador e empregado. Como se sabe, “a relação de emprego constitui a relação de trabalho mais significativa do sistema econômico ocidental inaugurada há pouco mais de duzentos anos”⁶. Desta forma, para que a sociedade contemporânea seja entendida, deve haver o conhecimento no âmbito do que significa o poder empregatício.

2.2 CONCEITO DE PODER HIERÁRQUICO E CRÍTICAS A ESTA DENOMINAÇÃO

Em outros tempos, a doutrina já se utilizou da expressão *poder hierárquico* para se referir ao fenômeno examinado neste capítulo, o poder empregatício. Entretanto, esse caráter geral hierárquico não pode mais ser vislumbrado atualmente, cabendo fazer a devida distinção entre essas duas modalidades de poder.

Para Maurício Godinho⁷, hierárquico seria o poder concedido ao empregador no campo da relação empregatícia composto por um conjunto de encargos relacionados à fiscalização, regulamentação, disciplinamento e direção da economia interempresarial e correspondente prestação de serviços. Deste modo, conteria todos os demais aspectos do fenômeno do poder no contexto empresarial externo. Em que pese essa larga abrangência possa dar à velha nomenclatura uma face funcional/prática, ela não esconde a face autoritária e retrógrada inerente à noção de hierárquico e que é equívoca.

Hierarquia, portanto, como disciplina Alice Monteiro de Barros, “pressupõe uma série contínua de graus entre pessoas unidas por um vínculo de autoridade”⁸.

Desta forma, cumpre esclarecer que a expressão *hierárquico* é carregada de tal rigidez, que se mostra incompatível com o “fenômeno intraempresarial de poder”⁹, o qual, ao longo dos anos, sofreu um processo de democratização. Utilizar-se no Direito do Trabalho de tal vocábulo, portanto, apenas evocaria uma recordação inflexível e rígida do fenômeno do poder na empresa, o qual foi trazido por

⁶DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 733.

⁷*Ibidem*, loc. cit.

⁸BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p.459.

⁹DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, loc. cit..

inspirações administrativas ou institucionalistas, já superadas no cenário atual¹⁰.

Diante do exposto, como bem aponta Arion Sayão Romita¹¹, a hierarquia “importa um poder de senhoria do superior em face do inferior, do qual este não pode unilateralmente livrar-se”. Assim, conclui-se que, em que pese haja um âmbito prático e funcional no referido termo, esse se perde em face do equívoco da filosofia e teoria que já foram superadas.

De todo modo, a faceta prática concernente à hierarquia pode ser suprida pelas expressões *poder empregatício* ou *poder intraempresarial*.

2.3 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NO CONTRATO DE EMPREGO E SEUS LIMITES

Com a evolução social, naturalmente houve uma mudança no âmbito trabalhista, tornando-se fundamental que as relações aqui desenvolvidas fossem observadas não mais do ponto da relação de empregado empregador, mas sim, na conjuntura mais abrangente, que compreende sociedade, empresa e o trabalhador como sujeito de garantias e direitos¹².

Como destaca Maurício Godinho¹³, o poder empregatício é classificado da seguinte forma:

Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como um *conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondentes prestações de serviços*.

¹⁰BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 460.

¹¹ROMITA, Arion Sayão *apud* DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 733.

¹²BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, mar./2012, ano XV, n. 98. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 31/03/2017.

¹³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 732.

Sobretudo, afirma Luciano Martinez¹⁴:

Não é demasiado lembrar que a capacidade de submeter residia, numa fase pré-estatal, na força ou no prestígio de indivíduos singularmente considerados. A partir do instante em que o Estado se organizou, o “poder” se objetivou e passou a ser concebido como algo separado da pessoa que o exercia. O “poder” foi, então, institucionalizado e o seu exercício passou a ser limitado dentro de uma esfera civilizatória, impeditiva de abusos e de excessos.

Nesse diapasão foi que o fenômeno conhecido por poder *diretivo patronal* passou a girar. Este, por sua vez, pode ser entendido como a modalidade de poder que dá direito ao empregador de cobrar certos comportamentos dos empregados para que se alcancem alguns propósitos preestabelecidos, sendo que “o poder diretivo foi institucionalizado de modo que somente em virtude do vínculo de emprego surge o fundamento do domínio e a razão de ser da subordinação jurídica”¹⁵.

Assim, para que seja compreendido o tema abordado no cenário contemporâneo, há de se fazer, necessariamente, uma análise mais atenta em relação a alguns conceitos.

2.3.1 Conceito

Primeiramente, importa esclarecer o próprio conceito de empregador, o qual pode ser definido, segundo o autor Maurício Godinho, como “a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação”¹⁶.

Percebe-se que a própria ideia conceitual da configuração do empregador é essencialmente relacionada à de empregado, de modo que estando presente esta última figura num contrato empregatício pactuado, automaticamente o empregador

¹⁴MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 245.

¹⁵*Ibidem, loc. cit.*

¹⁶DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016, p. 443.

assume seu caráter na relação jurídica consubstanciada¹⁷.

O conceito de empregador encontra sua fundamentação legal no *caput* do art. 2º da CLT¹⁸: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

A previsão celetista de considerar o empregador como sendo a própria empresa, entretanto, é alvo de crítica, uma vez que, em termos técnicos, empresa seria a atividade econômica organizada. Logo, não apresentaria personalidade jurídica para que ocupasse um dos pólos da relação de trabalho¹⁹.

Por outro lado, a figura do empregado pode ser definida a partir do que está expresso pelo ordenamento no art. 3º da CLT²⁰: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Insta salientar que os dois dispositivos legais supracitados foram elaborados num contexto em que predominava a relação de emprego do operário da fábrica, sendo este processo produtivo muito diferente do atual, que consiste na sociedade de indústrias e que, traz cotidianamente situações para a justiça trabalhista apreciar e julgar e, ainda, procurar adequar o vínculo jurídico num modelo contratual²¹.

Nesta senda, cabe dissecar sobre os cinco elementos inerentes ao contrato de emprego à luz da ordem justrabalhista, compreendidos por *pessoa física, personalidade, onerosidade, eventualidade e subordinação*.

Por personalidade se entende que a contratação do empregado vai acontecer pautada nas suas características pessoais. Logo, leva-se em conta as aptidões e qualidades pessoais do polo ativo da relação empregatícia, existindo, portanto, a

¹⁷DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016, p. 749.

¹⁸BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943, ano LXXXII, n. 184, p. 11937- 11984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017.

¹⁹GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 318,

²⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 612

²¹*Ibidem, loc. cit.*

noção de intransferibilidade, o que significa que apenas pessoa física singular pode prestar o serviço pactuado²².

Conforme Amauri Mascaró, “é a personalidade da pessoa física que trabalha, e que deve ser vista como um ser humano que com o seu trabalho, e não o de outrem exerce a sua atividade indelegável a terceiro para os ganhos dos meios necessários à sua subsistência”²³.

O instituto da onerosidade se materializa pelo recebimento da remuneração, que é a contraprestação dos serviços prestados pelo empregador. Então, não há de se falar em trabalho gratuito, pois o empregado exerce sua função a fim de ter seu objetivo alcançado, qual seja receber seu salário. Neste sentido, existe o *animus contrahendi*, na medida em que o intuito do empregado ao firmar vínculo empregatício é receber a contraprestação pela prestação de seu serviço²⁴.

Quanto ao elemento da não eventualidade, cabe esclarecer que não pode haver, na relação empregatícia, uma “*imprevisibilidade de repetição*”, tanto que, mesmo que o serviço não seja realizado todos os dias da semana, se o empregador e o empregado tiverem conhecimento de que a prestação de serviços vai se repetir, não se configura o caráter de eventual²⁵.

Segundo Gustavo Garcia²⁶, não eventualidade diz respeito à “prestação de serviços ligados às atividades normais do empregador, ou seja, realizando serviços permanentemente necessários à atividade do empregador ou seu empreendimento”.

Sobre o tema da subordinação jurídica, Luciano Martinez²⁷ disciplina que etimologicamente, subordinar quer dizer dar ordens, comandar, dirigir a partir de uma posição superior àquela em que se encontra o outro indivíduo. Dito isto, tem-se que a subordinação se materializa na medida em que o tomador de serviços regula sobre o tempo e o modo de execução do trabalho a ser prestado. Compreende-se

²²MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 152.

²³NASCIMENTO, Amauri Mascaró. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 612

²⁴GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 148.

²⁵MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 153.

²⁶GARCIA, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷*Ibidem*, p.153.

por *definição de tempo* qualquer intercessão do empregador no que concerne ao tempo de início e término da prestação de serviços contratada, inclusive englobando o lapso temporal do intervalo. Noutra face, a *definição de modo* é entendida na medida em que o empregador determina o modo que a atividade contratada deve ser operacionalizada, o que acaba resultando numa consentida intromissão pelo empregado nos meios que levarão aos resultados da atividade contratada.

Pode ser entendida, portanto, como o elemento mais importante que caracteriza a relação de emprego, uma vez que o empregador exerce seu poder de direção em face da prestação de serviços realizada pelo empregado. Este, colocado na relação empregatícia e, conseqüentemente, na organização da atividade do seu superior hierárquico, deve seguir suas orientações e determinações, estabelecidas dentro dos limites trazidos pelo ordenamento jurídico²⁸.

Ainda, de acordo com Sérgio Pinto Martins²⁹:

O obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregador é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo riscos a seu negócio.

Consubstanciada a relação empregatícia e, por conseguinte, havendo a figura do empregador, ocorrem alguns efeitos jurídicos universais determinados pela ordem justralhista, decorrentes da sua existência, mas que não são elementos constitutivos da figura do tomador de serviço, quais sejam: “de um lado, a sua *despersonalização*, para fins justralhistas; de outro lado, sua *assunção dos riscos* do empreendimento e do próprio trabalho contratado”³⁰.

A despersonalização do empregador se fundamenta na perspectiva de que o sujeito passivo da relação de emprego (o empregador) pode ser modificado sem que, para isso, haja prejuízo para o prestador de serviços³¹.

Note-se que há uma marca distintiva muito evidente do sujeito passivo para o ativo

²⁸GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 148.

²⁹MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 107.

³⁰MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.153.

³¹*Ibidem, loc. cit.*

na relação de emprego: enquanto a personalidade é característica da própria existência do empregado, para o empregador essa tende a ser irrelevante, preponderando à impessoalidade e a despersonalização³².

A despersonalização do tomador de serviço está presente no contrato para que a viabilização do princípio da continuação do emprego³³ seja permitida, uma vez que este não vai ser rompido pelo simples fato de haver mudança da figura do tomador.

Já o instituto de assunção dos riscos do empreendimento diz respeito à “exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado”³⁴.

Na assunção dos riscos, a conclusão que se chega é que o empregador toma para si os riscos inerentes à própria atividade da sua empresa ou estabelecimento, além de assumir também os riscos decorrentes do contrato de trabalho.

Nessa linha, essa característica é também chamada de *alteridade*, uma vez que somente uma das partes do contrato (no caso, o empregador), assume os riscos inerentes e incidentes da relação.

Em que pese o *caput* do art. 2º aparentemente trate apenas dos riscos empresariais ao falar sobre *riscos da atividade econômica*, já foi consolidado na jurisprudência trabalhista, através da interpretação lógico-sistemática e teleológica que o tomador também assume os riscos do próprio trabalho prestado pelo empregado, ainda que não haja intuito econômico, que é o caso do trabalho doméstico.

Como bem explica Mauricio Godinho, ainda há uma divergência doutrinária sobre esse efeito jurídico da alteridade, pois há quem entenda que esse risco não se estenderia a todos os empregadores, mas somente para aqueles que fossem empresários, ou seja, os que desempenhassem atividade lucrativa. O autor, então, cita Octavio Bueno Magano³⁵, que no ano de 1986 já lecionava que:

No conceito de empregador não é essencial a ideia de assunção de riscos,

³²MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.153.

³³*Ibidem, loc. cit.*

³⁴DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 446.

³⁵*Ibidem*, p. 447.

porque nele se compreendem tanto os entes que se dedicam ao exercício de atividades econômicas quanto os que deixam de o fazer, dedicando-se, ao revés, a atividades não lucrativas, como é o caso das instituições de beneficência e das associações recreativas.

Acrescenta que, em verdade, o ordenamento celetista no dispositivo legal supracitado não revelou sua intenção específica. Tratar sobre os perigos no âmbito trabalhista diz respeito à vinculação do empregador para com a sua atividade econômica, devendo ser responsável pelos resultados do trabalho exercido e pelos custos, estando sob seu encargo a sorte do empreendimento. Logo, a alteridade se aplica a todo e qualquer tomador de serviços, mesmo que sua atividade não seja exercida com fins lucrativos.

Por essa regra, portanto, o empregado não poderá sofrer prejuízos decorrentes do contrato, por mais que ocorram situações que acarretem em prejuízos ao empregador. Também não se falará em redução de salário, à exceção do que disciplina o art. 462 da CLT³⁶: “Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo”.

Segundo os mandamentos constitucionais³⁷, fica evidente que qualquer dispositivo de lei criado por fonte autônoma ou heterônoma que vise elidir direito trabalhista será inválido.

Por tudo isto, o legislador trouxe para esse sujeito alguns poderes, formando o conjunto de poder empregatício.

Por fim, insta pontuar que o contrato de emprego tem natureza jurídica de contrato, vislumbrando-se os elementos inerentes ao contrato para o Direito Civil, quais sejam: partes, objeto e preço. Quer dizer, como há, impreterivelmente, a criação de laços decorrentes da coexistência social entre esses dois sujeitos, forma-se também

³⁶BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943, ano LXXXII, n. 184, p. 11937- 11984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017.

³⁷Art. 7º, *caput*, CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, n. 191-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18/04/2017).

uma relação jurídica. Veja-se, pois:

As partes são representadas pelo empregado e o empregador, onde o primeiro detém a força produtiva de desenvolver determinada atividade, da qual o segundo necessita, assim, o objeto dessa relação, pode ser entendido, como a função que será desempenhada pelo empregado, por fim, o preço, é o salário pago pelo empregador é a contraprestação pecuniária.³⁸

Nota-se, então, que o contrato é o laço que estabelece a relação jurídica, de modo que gera a legitimação de ambos os sujeitos (ativo e passivo) no âmbito trabalhista.

2.3.2 Natureza jurídica

Conforme ensina Maurício Godinho, compreender a natureza jurídica de um dado instituto do direito significa alcançar e/ou extrair os elementos essenciais que integram o núcleo do referido instituto, de forma a comparar num segundo momento ao contexto de figuras jurídicas que destes estejam mais próximos, o que permitirá, em última instância, “classificar o instituto enfocando o universo de figuras existentes no direito”³⁹.

Nessa perspectiva, o autor, mencionando as concepções tradicionais, comenta a classificação construída em torno de direito potestativo; direito subjetivo; fenômeno de caráter senhorial/hierárquico; poder como direito-função⁴⁰. A compreensão de tais paradigmas tem por objetivo lastrear as bases necessárias para o exame dos limites e possibilidades de alcance daqueles prezados espaços de intimidade e privacidade a partir das lentes do tomador da força de trabalho.

Sabe-se que o direito potestativo consiste em uma teoria em que o empregador executa o poder diretivo unilateralmente, independentemente da anuência do obreiro, mas este não é obrigado a acatar ordens ilícitas ou abusivas. Assim,

³⁸BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, mar./2012, ano XV, n. 98. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 31/03/2017.

³⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 749.

⁴⁰*Ibidem, loc. cit.*

destaca-se que o poder de direção possui limitações⁴¹. Além de permitir criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que incluam outro sujeito, estando o primeiro na condição de sujeição jurídica ativa, e o segundo em situação jurídica passiva, chamada também de estado de sujeição⁴².

Das lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, retira-se que direito subjetivo significa “que a situação jurídica é considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece. Em segundo lugar, geralmente esta situação favorável surge em face de normas que restringem o comportamento dos outros”⁴³. Assim, o direito subjetivo como uma “prerrogativa conferida pela ordem jurídica ao titular no sentido de agir para satisfação de interesse próprio em estrita conformidade com a norma ou cláusula contratual [...]”⁴⁴.

Acerca da natureza jurídica do fenômeno de caráter senhorial/hierárquico, também conhecido por *status* jurídico, traz Maurício Godinho uma interpretação doutrinária que discordava da concepção germânica de natureza hierárquica rígida. Trata-se de *Ludovico Barassi*⁴⁵, autor para quem:

Poder empresarial interno fundar-se-ia necessariamente ao contrato. Contudo, a noção de contrato não repelia a de hierarquia rígida e unilateral. É que, para Barassi o contrato criava um status jurídico de hierarquia, pelo qual o empregador ficava investido no poder de impor a própria vontade no âmbito empregatício, submetendo-se o empregado, como sujeito passivo da relação, à obrigação de se conformar as diretrizes patronais

Esta concepção contrapõe-se ao institucionalismo, corrente que compreende a empresa como prevalente e acima dos próprios envolvidos na relação trabalhista (empregado e empregador), visão vertical que impunha ainda maior subordinação ao empregado na relação trabalhista⁴⁶.

A classificação de direito-função avança numa perspectiva democrática em relação às três postas anteriormente, uma vez que, na perspectiva do autor, as três

⁴¹GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 358.

⁴²DIDIER JÚNIOR, Fredie e outros. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 5. 7. ed. Editora: JUSPODVIM, 2017, p. 42.

⁴³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 121.

⁴⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 751.

⁴⁵BARASSI, Ludovico *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 753

⁴⁶DELGADO, Maurício Godinho. *Ibidem*, p. 752.

primeiras linhas teóricas não reúnem condições de responder ao fenômeno do poder empregatício de forma integral de maneira a atender o perfil da sociedade contemporânea⁴⁷.

A sofisticação que passou a conformar as relações empregatícias não mais concebia o isolacionismo na quebra de braços da relação empregado/empregador, passando-se a valorizar o papel de mediação exercido em face de um interesse que ultrapassava o individual para alcançar os ideais coletivos.

Compreende-se por direito-função “o poder atribuído ao titular para agir em tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio”⁴⁸. Um exemplo desta forma de representação de interesses trazida pelo próprio doutrinador é a situação em que o sindicato representa os interesses da categoria numa contenda com o empregador.

Apesar de ser possível considerar que com o advento e fortalecimento das organizações trabalhistas, notadamente os sindicatos, o empregado teve sua proteção ampliada, a imposição do poder diretivo sempre encontra formas de se reinventar visando manter a subordinação do obreiro.

No próximo ponto, far-se-á uma análise dos limites do poder diretivo na contemporaneidade.

2.3.3 Limites do poder diretivo

A abordagem teórica exposta no item anterior encontra sua justificativa na necessidade de construir as bases em que estão fundadas as questões de invasão de privacidade e intimidade que este estudo monográfico se propõe a analisar e criticar. Não é possível avançar numa análise do contexto atual vivido pela sociedade do século XXI, senão compreendida de forma ampla a invasão desenfreada por parte do empregador, que sempre se pôs numa relação em que era soberano.

⁴⁷DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 753

⁴⁸*Ibidem, loc. cit.*

Como bem destaca Gustavo Filipe Garcia⁴⁹, o poder de direção não é ilimitado, tendo em vista que seu exercício deve acontecer dentro dos limites estabelecidos pela lei e pelo ordenamento jurídico, em conformidade com os direitos e garantias que o empregado é digno. Caso o poder de direção tenha configurado abuso em seu exercício, pode o empregado a ele se opor, originando a noção de poder de resistência. Nesta hipótese o empregado merece reparação e prevenção da decursiva lesão, na esfera material e moral.

Em suma, o regulamento da empresa vai ter dois obstáculos, quais sejam: a Constituição e a lei.

Ademais, “o regulamento não vai poder contrariar as normas coletivas da categoria, nem as decisões das autoridades competentes, aplicando-se por analogia o mesmo comando legal”. Excetua-se a hipótese em que o regulamento traga condições mais favoráveis ao empregado. Por fim, não se pode olvidar que as regras regulamentares não podem desrespeitar a dignidade do trabalhador como pessoa humana e nem contrariar a moral, os bons costumes e a ordem pública⁵⁰.

Aqui, foram abordadas apenas noções introdutórias, pois o assunto será mais aprofundado no item 4.2.2.2 deste estudo. Passa-se agora, a analisar as modalidades de funções diretivas exercidas pelo empregador.

2.3.4 Funções diretivas

As funções diretivas podem ser divididas em três blocos, definidas por decisões executivas, de instrução e de fiscalização, institutos que corporificam o exercício de tal poder.

Sobre o tema, Luciano Martinez⁵¹ leciona que:

O poder diretivo é uma prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos de seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos. Para atingir esses desígnios e para

⁴⁹GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 357.

⁵⁰MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 244.

⁵¹MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 244.

organizar a atuação de seus subordinados, o empregador pode-se valer de orientações de natureza técnica e de caráter geral. Essa conduta administrativa, normalmente associada à hierarquia e à disciplina, conduz a uma situação segundo a qual o empreendedor tem as faculdades de organizar o seu sistema produtivo, de fiscalizar (controlar) o cumprimento daquilo que foi ordenado e, se for o caso, de punir os transgressores de suas ordens de comando. Nesses moldes, o poder diretivo subdivide-se em poder de organização, poder de fiscalização e poder de controle.

As decisões executivas geralmente tratam sobre atos meramente constitutivos, uma vez que dizem respeito à organização do trabalho⁵². Logo, se materializa na faculdade que o tomador tem de organizar a prestação de serviços.

O segundo tipo de função diretiva, a de instrução, se materializa por meio de comandos ou indicações por parte do empregador, mas só será eficaz caso seja observada pelo empregado⁵³. É o encargo de comando, de dar ordens ao empregado para que este tenha sua atividade direcionada.

Por fim, a função de controle é consubstanciada pela faculdade de fiscalização das atividades dos obreiros e se torna discutível no ponto concernente aos seus limites, sendo a primeira modalidade de poder a ser abordada.

2.3.5 Poder fiscalizatório

A modalidade fiscalizatória no âmbito do poder pode ser entendida pelo “conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva ao longo do espaço empresarial interno”⁵⁴.

Como bem destaca a autora Vólia Bonfim Cassar, esse poder, também conhecido por poder de controle é “o direito do empregador de fiscalizar (controlar) o correto cumprimento dos afazeres do empregado”⁵⁵.

Nota-se, pois, que o poder fiscalizatório nada mais é do que uma manifestação do próprio poder diretivo, com a finalidade de fiscalizar e controlar os ofícios exercidos

⁵²BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p.462.

⁵³*Ibidem, loc. cit.*

⁵⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 736.

⁵⁵CASSAR, Vólia Bonfim. **Direto do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 1097.

pelo empregado no âmbito interempresarial. Para isso deve, contudo, observar certos limites, os quais são a liberdade e dignidade dos empregados.

Assim, o empregador pode, limitado pela norma jurídica, analisar se seus subordinados estão honrando as imposições e diretrizes acertadas para a execução do serviço. Justifica-se pelo fato de ser o empregador o sujeito que assume todos os riscos inerentes à atividade laborativa, conforme art. 2º, *caput*, da CLT. À vista disso, é permitido ao tomador de serviços controlar se os fatores de produção estão em legítimo e devido exercício, a fim de que prejuízos e falhas sejam evitados⁵⁶.

Mesmo não havendo preceitos tão claros como o Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores da Itália (Lei nº 300, de 20/05/70)⁵⁷, citada como exemplo por Mauricio Godinho, pode-se afirmar que a Constituição Federal “rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidades básicas da pessoa física do trabalhador”⁵⁸.

Nessa órbita há uma controvérsia a respeito do tema, devido às colisões entre direitos fundamentais. Assim, leciona Luciano Martinez⁵⁹:

É que os empregadores nem sempre reconhecem a utilização de sistemas de fiscalização eletrônica como controle da atuação laboral. Muitas são as situações em que eles sustentam que a fiscalização do trabalho não é o objetivo final de determinadas ações, mas sim a proteção ao patrimônio pessoal da empresa e dos colaboradores/clientes/fornecedores desta. A despeito disso e de todas as controvérsias que envolvem o uso de algumas tecnologias de vigilância e monitoramento, há empregados que se dizem violados em sua intimidade ou vida privada. A solução nesses casos é alcançada mediante a avaliação do direito fundamental, que, concretamente, merece maior proteção. A maior proteção é oferecida àquele direito que, dentro de uma escala comparativa de valores, ao menos num instante específico, revelou-se preponderante por força de **fonte autônoma ou heterônoma permissiva** e por conta de **real necessidade**.

⁵⁶GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 359.

⁵⁷ITALIA. Legge n 300, del 20 maggio 1970 (Statuto dei Lavoratori). Normesulla tutela della liberta' e dignita' dei lavoratori, della liberta' sindacale e dell'attivitá sindacale, neiluoghidi lavoro e norme sul collocamento. **Gazzetta Ufficiale de Ila Repubblica Italiana**. Roma, 27 maggio 1970, anno 111, n. 131. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1970-05-27&atto;.codiceRedazionale=070U0300&tSearch=ricerca_avanzata_vigente>. Acesso em: 05 maio 2017.

⁵⁸DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 737.

⁵⁹MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 246.

Ademais, sustenta Gustavo Filipe Garcia⁶⁰:

Referido controle, no entanto, não pode invadir a esfera de intimidade dos empregados, além de outros direitos de ordem fundamental, vedando-se, por exemplo, a revista íntima (art. 373-A, inciso VI, da CLT), bem como a violação do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (ressalvada, nesse último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal) dos empregados (art. 5º, inciso XII, da CF/1988).

Extrai-se, portanto, que o poder fiscalizatório se manifesta no ambiente de trabalho através da vigilância do empregado pelas instalações de câmeras, por exemplo. Também não se pode deixar de citar as revistas pessoais e o monitoramento de e-mails corporativos, limitação de uso de e-mails particulares, bem como a fiscalização das ligações feitas pelos prestadores de serviços. Ainda, no tocante a este trabalho monográfico, o poder fiscalizatório se mostra atualmente no acompanhamento de postagens em redes sociais das quais o empregado participa⁶¹.

Outrossim, há de se considerar que o que for encontrado através do poder fiscalizatório exercido pelo empregador pode vir a se tornar um motivo para a resolução do contrato inerentes às hipóteses previstas no art. 482 da CLT. Assim como pode o empregado vir a se beneficiar dos conteúdos de suas redes sociais para avançar na carreira ou, antes mesmo de firmado o vínculo empregatício, lograr êxito na disputa com outros candidatos, por outro lado também poderá sofrer retaliações em face de suas publicações, desde que colocadas em espaços de redes sociais abertas, sem quaisquer tipos de censura.

Nota-se, pois, que o poder fiscalizatório não pode ser usado indiscriminadamente pelo empregador, uma vez que este sujeito deve respeitar as limitações impostas no âmbito da fiscalização e que, ainda, devem ser considerados em cada caso concreto, regras e princípios gerais. Medidas que venham a atacar ou restringir os direitos e a dignidade do obreiro serão ilegais.

Sobre a limitação do exercício desse controle, há ainda algumas considerações a

⁶⁰GARCIA, Gustavo Filipe. *Op. cit., loc. cit.*

⁶¹SANTOS, Tália Eloy. **As manifestações em redes sociais como meio de prova da falta grave ensejadora da despedida por justa causa**. 2015. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Salvador, p. 52

serem feitas, de forma que esse tema será melhor abordado em momento posterior.

2.3.6 Poder regulamentar

O poder regulamentar pode ser visualizado como o “conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”⁶².

Por sua vez, Luiz José Mesquita⁶³ contribui para a compreensão do tema da seguinte forma:

Existe na empresa um tríplice poder: o legislativo, o executivo e o judiciário, tal como na sociedade política. Pelo primeiro desses poderes são baixadas as normas de instituição, através de seu estatuto, de seu regulamento interno; pelo segundo, é exercida a sua administração interna e externa, através de ordem de serviço e das medidas de ordem econômica e financeira; pelo terceiro são sancionadas as faltas disciplinares dos que trabalham no seu interior, por meio de sanções adequadas.

É importante que seja analisada a natureza dos dispositivos regulamentares, uma vez que estes têm fundamental relevância no âmbito trabalhista. Nota-se, pois, que o poder regulamentar apenas gera cláusulas contratuais, não tendo o poder de criar normas jurídicas eficazes. Logo, não é permitida a elaboração de dispositivos regulamentares que alterem as disposições contratuais anteriormente estabelecidas, dada a imutabilidade destas, salvo para beneficiar o empregado⁶⁴.

Neste diapasão, o princípio da aplicação da norma mais favorável se materializa quando há mais de uma norma válida que incide sobre a relação empregatícia, priorizando a norma mais benéfica ao empregado⁶⁵. Sendo este princípio de hierarquia, ele tem o objetivo de resolver a questão em que há confronto de normas, a fim de resguardar as vantagens do obreiro⁶⁶.

⁶²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 734.

⁶³MESQUITA, Luiz José. **Direito Disciplinar do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1991, p. 31.

⁶⁴DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 735.

⁶⁵MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 95.

⁶⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 389.

Em consonância com esse pensamento, foi editada a súmula nº 51 do TST⁶⁷, que regulamenta a possibilidade de escolha do empregado em face da coexistência de dois ou mais regulamentos.

Súmula nº 51 do TST: NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT; I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento; II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

A jurisprudência trabalhista em relação à possibilidade de alteração benéfica para o empregado se manifesta na seguinte vertente:

COMPLEMENTAÇÃO. CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA. INCORPORAÇÃO. A complementação de aposentadoria, adquirida ao longo do pacto laboral, a este adere. Além do que, a condição mais benéfica traçada na norma regulamentar da ré, de pagamento da complementação de aposentadoria diretamente pela reclamada, equipara-se a regulamento de empresa, e se agrega de forma definitiva ao contrato de complementação de aposentadoria em vigor, oriundo da relação de trabalho, consoante entendimento contido na Súmula nº 51, I, do C. TST, aplicável ao caso concreto. Sentença mantida⁶⁸.

Dessa maneira, a conclusão que se extrai da análise do exposto é que, as alterações que venham a prejudicar de algum modo o empregado, só serão aplicáveis para os novos contratados, em respeito ao princípio da condição mais benéfica. Este, também chamado de princípio da “inalterabilidade contratual *in pejus* baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual, diante de fontes autônomas com vigência sucessiva, há de se manter a condição anterior, se mais benéfica”⁶⁹.

Por não haver dispositivo legal que determine o regulamento interno de cada empresa, o poder regulamentar fica a critério do empregador. Contudo, não pode ser

⁶⁷BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 51. In: _____. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Brasília: CSG/SEG/TJDFT, 2016, p. 21. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>> . Acesso em: 01/05/2017.

⁶⁸BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20110143609 (Recurso Ordinário n. 00592200944202000). Quarta Turma, Relator: Desembargador Ricardo Artut Costa e Trigueiro. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 25 fev. 2011, n. 2069, p. 458. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/ConsultaDOE/ConsultaDiarioTipo.do?dataInicial=2011-02-25&tipoEdital=0>>. Acesso em: 04/05/2017.

⁶⁹MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 110.

exercido ilimitadamente, uma vez que a homologação do Ministério do Trabalho é necessária.

Ainda, Maurício Godinho Delgado⁷⁰ destaca que:

Em consequência desse enquadramento de tais diplomas como fontes produtoras de meras cláusulas contratuais (e não de normas jurídicas), conclui-se que a eles não se aplica o critério geral de revogação de normas jurídicas impetrante no Direito pátrio (art. 2º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) – critério que informa que uma norma jurídica revoga a norma precedente, produzindo efeitos imediatos e gerais. Aplica-se-lhes, ao invés, o critério determinador da imutabilidade das cláusulas contratuais (art. 468, CLT), pelo qual a modificação do diploma intraempresarial não atinge as cláusulas anteriormente estabelecidas e incidentes nos contratos individuais (a não ser que se trate de alteração mais favorável).

O art. 468 da CLT⁷¹, por seu turno, regula:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Outrossim, não se pode deixar de fazer referência ao art. 444 da CLT⁷², dispositivo legal que nos seus termos disciplina que não deve haver contraposição aos direitos fundamentais do obreiro e demais normas. Veja-se, pois:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Caso essa disposição não seja respeitada, os atos praticados incorrerão sob pena de nulidade, como bem dispõe o art. 9º da CLT⁷³: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Em suma, o poder regulamentar deve coexistir de forma pacífica com as demais normas, a fim de regular as obrigações intraempresariais.

⁷⁰DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 736.

⁷¹BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943, ano LXXXII, n. 184, p. 11937- 11984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017.

⁷²*Ibidem*.

⁷³*Ibidem*.

2.3.7 Poder disciplinar

O poder disciplinar é a modalidade de poder diretivo exercida pelo empregador mais importante, pois é ele que dá suporte para a compreensão da despedida por justa causa.

No âmbito trabalhista, essa vértice é considerada como sendo a *ultima ratio*. Como bem aponta Maurício Godinho, o poder disciplinar pode ser entendido pelo “conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”⁷⁴.

É pelo poder disciplinar que os empregadores aplicam sanções aos empregados, quais sejam: advertência, suspensão disciplinar e justa causa – nesta ordem de gravidade.

Cabe, contudo, fazer uma análise das teorias concernentes à natureza jurídica do poder disciplinar. Vólia Bonfim Cassar aborda a existência de quatro teorias: penalista, civilista, administrativa e do direito especial ou do poder especial.

Na primeira modalidade, teoria penalista, o poder disciplinar seria “similar ao poder punitivo do Estado contra o criminoso”⁷⁵. Esta ideia, contudo, encontra-se incorreta, uma vez que até mesmo as funções para que se dirigem as sanções são diferentes. O poder punitivo do Estado carrega uma função social, enquanto o poder disciplinar tem caráter funcional; a pena é carregada de coercibilidade, enquanto o poder disciplinar traz no seu bojo a discricionariedade. Outrossim, não pode o empregado ser visto da mesma maneira como é visto um criminoso, o qual precisa ser afastado do convívio social⁷⁶.

Sobre o tema da teoria civilista, a supracitada autora⁷⁷ destaca que:

Identifica semelhanças entre as sanções disciplinares com as penas civis, cominadas contratualmente para garantir a execução do ajuste. Ora, o poder disciplinar pode ser exercido mesmo que não esteja previsto

⁷⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016, p. 738

⁷⁵CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 1102.

⁷⁶*Ibidem*, loc. cit.

⁷⁷*Ibidem*, loc. cit.

contratualmente, porque decorre de lei, enquanto as penas civis necessitam da previsão contratual para serem aplicadas nos casos de descumprimento contratual. Aliás, esta era a antiga tese da teoria contratualista que se posicionava no sentido de que as punições disciplinares só poderiam ser exercidas quando previamente estipuladas no contrato [...]

Surgiu então outra corrente, denominada a teoria administrativa e “esta tese advoga que o poder disciplinar exsurge de uma supremacia especial, distinta da soberania do Estado, mas similar a esta, pois fundada na ordem jurídica e no interesse público”⁷⁸. Essa corrente, contudo, foi deixada de lado pelo seguinte motivo: “o direito de punir o empregado decorre da lei e não é exclusivo do Estado ou do poder soberano. O poder discricionário da punição do empregado tem o objetivo de defender interesse privado e não público”⁷⁹.

Por fim, nasce a teoria do direito especial ou do poder especial, que dispõe que o poder disciplinar do empregador seria um direito autônomo, ou seja, não se assemelha, não se vincula e nem se classifica com os poderes típicos citados anteriormente (penal, civil e administrativo)⁸⁰. O poder disciplinar “é uma soma de faculdades que são próprias do Direito do Trabalho e não de outras áreas”⁸¹.

Para que fosse reconhecida a autonomia do poder disciplinar surgiram quatro correntes, cada uma com suas nuances doutrinárias que, conforme Vólia podem ser classificadas por: teoria contratualista; teoria institucionalista; teoria da propriedade; e teoria da delegação.

A teoria contratualista é a adotada pelo Direito do Trabalho brasileiro. Fundamenta-se o poder disciplinar no próprio contrato de trabalho, sendo por meio deste que o empregado fica juridicamente subordinado ao empregador, além de colocar sua energia de trabalho à disposição. Esta tese tem correspondência com a teoria contratualista abordada anteriormente, porém mais avançada e moderada⁸².

A teoria institucionalista “acredita na existência de um direito penal da empresa”⁸³. Desta forma, o poder disciplinar nasce juntamente com a empresa, em que em um

⁷⁸CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 1102.

⁷⁹*Ibidem*, loc. cit.

⁸⁰*Ibidem*, loc. cit.

⁸¹*Ibidem*, loc. cit.

⁸²*Ibidem*, p. 1103.

⁸³*Ibidem*, loc. cit.

dos polos se encontra a supremacia de um indivíduo (empregador) que defende as prioridades e interesses da instituição e, do outro lado, visualiza-se a quem cabe o dever de obediência (empregado), sendo inferior e submisso.

Aqui, as medidas sancionadoras seriam utilizadas a fim de manter a ordem interna, partindo da premissa de que a instituição detém de autoridade e a exerce por via dos meios necessários para tanto. Ocorre que essa manutenção da ordem interna acaba por prejudicar a coletividade e os interesses em comum⁸⁴.

Acerca do tema, aborda Gustavo Filipe Garcia⁸⁵:

Faz-se menção à teoria da instituição, no sentido de que a empresa, exercida pelo empregador (ou com ele se confundindo) e na qual estão inseridos os empregados de forma organizada e hierarquizada, é o âmbito de exercício do poder de direção, que tem nela o seu fundamento, com o objetivo de perpetuação da atividade empresarial.

Na mesma linha, conclui Vólia Bomfim Cassar⁸⁶:

É uma mistura do direito disciplinar público com o direito disciplinar privado coletivo, um verdadeiro direito penal das instituições, igualando-se ao Estado na autoridade. Não foi aceita no Direito do Trabalho brasileiro, já que o direito penal não se confunde com o trabalhista, nem a soberania do Estado com a posição de superioridade hierárquica do empregador.

A terceira corrente é a teoria da propriedade. Para esta tese, o poder disciplinar seria produto da propriedade dos meios de produção. Em outras palavras, por ser o empregador dono do negócio, a ele cabe comandar e punir o empregado⁸⁷.

Entretanto, é importante ressaltar que a submissão jurídica a qual vincula o empregado ao empregador decorre do contrato de trabalho e não deve ser confundida com o poder que este tem sobre a coisa.

A teoria da delegação do poder público, por sua vez, funda-se na ideia de que “o Estado delega ao empregador o poder disciplinar porque este detém o monopólio econômico do empreendimento”⁸⁸.

Esta teoria não faz sentido, uma vez que o empregado não pode ser confundido com

⁸⁴CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 1102.

⁸⁵GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 358.

⁸⁶CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.*, p. 1103.

⁸⁷*Ibidem, loc. cit.*

⁸⁸*Ibidem, loc. cit.*

os cidadãos e, além disso, os poderes do Estado não se confundem com o poder disciplinar⁸⁹.

Vista a base histórica e a natureza jurídica como arcabouço para se visualizar o poder disciplinar da maneira atual, cabe agora falar sobre as punições decorrentes de tal poder, as quais, para a maioria da doutrina se materializam em três tipos, já citados anteriormente neste capítulo: advertência, suspensão e justa causa.

As advertências são as sanções mais leves, podendo ser orais ou escritas. Apesar de não serem previstas em lei, são aplicadas por costume, pois são ínsitas do poder disciplinar. Existem para que seja dado um alerta ao empregado de que aquele comportamento que praticou não é o que o empregador espera⁹⁰.

Na forma escrita, deverá constar a assinatura do empregado para que conste a prova da ciência da sanção. Caso haja recusa por parte desse sujeito, o empregador deve recorrer a duas testemunhas presenciais para que atestem o fato de que houve recusa, e não só, mas também que o empregado se recusou a assinar a comunicação da advertência. Ainda, essa comunicação pode ser feita por telegrama, indicando qual o motivo da sanção, acompanhado de cópia de teor e de recebimento, a fim de que se evite a alegação de dano moral⁹¹.

A segunda modalidade de punição é a suspensão. Por esta, o tomador de serviços está facultado a suspender o contrato empregatício quando entender que o empregado cometeu faltas mais graves, mas que não foram tão graves a ponto de encerrar o contrato pelo motivo da justa causa⁹².

A suspensão corresponde, portanto, à pena pecuniária, uma vez que o empregado, sendo suspenso do trabalho, não se beneficiará da sua remuneração correspondente, proporcionalmente aos dias não trabalhados. Essa modalidade de sanção é mencionada pelo art. 474 da CLT⁹³, o qual regula: “A suspensão do

⁸⁹CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 1103.

⁹⁰DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 765.

⁹¹*Ibidem*, loc. cit.

⁹²*Ibidem*, loc. cit.

⁹³BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943, ano LXXXII, n. 184, p. 11937- 11984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017.

empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”.

Por fim, há a justa causa, que é simplesmente a mais grave das penas aplicadas ao obreiro e também o cerne deste estudo.

A autora Vólia Bomfim Cassar⁹⁴ entende por justa causa:

É a penalidade disciplinar máxima aplicada pelo empregador ao trabalhador. Só deve ser aplicada quando o empregado praticar uma falta muito grave, descumprir grosseiramente o contrato, ou quando a lei autorizar a extinção por este motivo. Torna desaconselhável o prosseguimento da relação de emprego, ferindo de morte a fidúcia inerente à manutenção do ajuste.

Nas palavras de Maurício Godinho⁹⁵:

Enfocada por diversos preceitos celetistas, a penalidade conduz à extinção do contrato sob o ônus do trabalhador faltoso. Com isso, a pena não somente autoriza o descumprimento trabalhista geral da continuidade da relação de emprego, como extingue o pacto, negando ao trabalhador quaisquer das verbas rescisórias previstas em outras modalidades de rompimento do contrato. De par com tudo, lança ainda uma mácula na vida profissional do trabalhador (embora tal mácula não possa ser referida nas anotações da CTPS obreira).

Destaca-se, entretanto, que não é exigível que as punições sejam aplicadas de forma gradual, uma vez que uma conduta considerada gravosa pode ensejar, de logo, numa penalidade mais drástica, como a suspensão ou até mesmo dispensa por justa causa⁹⁶.

Para a aplicação de quaisquer das modalidades de sanções, é necessário que se observe alguns requisitos, tais como: nexos causal, imediatidade, proporcionalidade, proibição de dupla penalidade e proibição de discriminar ou perseguir o empregado⁹⁷, os quais serão analisados individualmente.

O nexos causal pode ser definido por “relação de causa e efeito”⁹⁸. No âmbito trabalhista diz respeito à conduta praticada pelo empregado e o dano sofrido pelo

⁹⁴CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 1106.

⁹⁵DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 766

⁹⁶GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 362.

⁹⁷BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 40/481.

⁹⁸DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 420.

empregador.

A imediatidade, por sua vez, quer dizer que a falta cometida pelo empregado deve ser apurada imediatamente, sob pena de incorrer em perdão tácito, o qual é repellido nos casos em que haja investigação⁹⁹.

Ademais, deve haver proporcionalidade entre a pena aplicada e a falta cometida pelo empregado, o que depende da análise concreta do caso para que haja esse dimensionamento¹⁰⁰.

Também é proibida a dupla penalidade, de modo que deve o tomador escolher qual é a melhor sanção a ser aplicada na situação em concreto – para cada fato, apenas uma sanção, evitando incorrer em *bis in idem*¹⁰¹.

Por fim, é proibida a sanção que tenha por objetivo a discriminação ou perseguição do empregado¹⁰².

2.4 DEVERES DO EMPREGADO NO CONTRATO DE EMPREGO

O contrato empregatício é considerado comutativo, pois, ao mesmo tempo produzem direitos e deveres proporcionais aos sujeitos do contrato. Além disso, é sinalagmático porque os direitos e deveres são antagônicos e nivelados, fazendo com que a obrigação de um dos contratantes se torne fundamento jurídico para a subsistência de outro direito ou dever¹⁰³.

Assim, ainda que o Direito do Trabalho vise proteger a figura do empregado, a este cabe também respeitar alguns múnus, quais sejam: dever de colaboração, dever obediência ou respeito, dever de diligência e dever de fidelidade.

Luciano Martinez¹⁰⁴ trata sobre o dever de colaboração, disciplinando que este

⁹⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 767.

¹⁰⁰*Ibidem, loc.cit.*

¹⁰¹*Ibidem, loc. cit.*

¹⁰²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 767.

¹⁰³MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 613.

¹⁰⁴*Ibidem, p. 614*

consiste em um valor de disponibilização voluntária de esforços em benefício de uma pessoa com o intuito de realizar serviço. Ou seja, um empregado efetiva o dever de colaboração ao se dedicar na realização de sua atividade na seara profissional. Por outro lado, tratando-se do empregador, a efetivação desse dever se firma quando, além de gerir trabalho, apresenta condições para correta execução deste.

Já sobre o dever de obediência, destaca Alice Monteiro de Barros¹⁰⁵:

A obrigação de trabalhar assumida pelo empregado ao celebrar o contrato vem acompanhada do dever de obediência às instruções do empregador, o qual é uma característica manifesta da subordinação jurídica do empregado. Do exercício do poder diretivo do empregador, portanto, surge para o empregado o dever de obediência a ordem ou recomendações lícitas.

Por sua vez, o limite para este múnus são as ordens lícitas emitidas pelo empregador, ou seja, o empregado não está obrigado a cumprir ordens que sejam contrárias à saúde, vida ou dignidade¹⁰⁶. Caso haja uma ordem dessa natureza, está legitimado a recusá-la.

Ainda, “as ordens alusivas à vida privada do empregado, por versarem sobre aspectos alheios ao contrato de trabalho, sem qualquer reflexo sobre ele, em geral, não precisam ser cumpridas, pois estão fora do âmbito do poder diretivo”¹⁰⁷. Nestes casos permite-se a rescisão indireta do contrato de trabalho, segundo o art. 483 da CLT¹⁰⁸.

É cediço que a Constituição Federal assegura a inviolabilidade dos direitos da personalidade em seu art. 5º, incisos IV, VI, VIII e XVII, parâmetro que a ser considerado como elementos conformadores do cerne da questão que este estudo monográfico se propõe, uma análise em perspectiva de limites e possibilidades do manejo das ferramentas das redes sociais como meio de fundamentar a dispensa do

¹⁰⁵BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 483

¹⁰⁶BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 483

¹⁰⁷*Ibidem, loc.cit.*

¹⁰⁸ Art. 483, CLT: “O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;[...]”. (BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943, ano LXXXII, n. 184, p. 11937- 11984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017).

obreiro por justa causa.

Por essa razão, será permitida a resolução contratual nos termos do art. 482, “h”, da CLT caso haja ato de indisciplina ou insubordinação por parte do obreiro. Estes ocorrem quando o empregado viola o dever de obediência que derive de “ordens lícitas, de âmbito geral, emanadas do empregador e/ou de seus prepostos ou a ordens de cunho específico, pessoal, emanadas das mesmas autoridades”¹⁰⁹.

Para o obreiro também nasce o compromisso de diligência, qual seja, gerir suas atividades com zelo. Contudo, essa avaliação da diligência é pressuposta por graus, uma vez que a posição hierárquica do empregado ou sua atividade profissional devem ser observadas, pois os atos daqueles que são altos empregados repercutirão de forma maior na vida empresarial¹¹⁰.

Em outras palavras, o dever de diligência consiste no interesse e na dedicação quando o empregado executa uma tarefa. No tocante a esses sujeitos, a importância advém na regularidade e pontualidade na efetivação do exercício de suas funções. Tratando-se dos empregadores, esse dever se estabelece na execução de todos os deveres contratuais¹¹¹.

Esse ônus pode ser aferido de forma objetiva, “quando se toma como parâmetro o comportamento do trabalhador médio”¹¹² ou subjetiva, “considerada em função do comportamento pessoal do empregado”¹¹³.

Ainda, esse dever de diligência, caso não observado, acarreta na desídia, tendo pressuposta a culpa (imprudência, negligência ou imperícia) e podendo implicar em punições disciplinares que podem chegar à justa causa, sendo que o empregado pode responder pelo dano causado à empresa, caso tenha sido ajustada essa possibilidade (art. 462, § 1º, CLT)¹¹⁴.

Noutro giro, também há quem atribua a culpa *in vigilando* ao empregador, ou seja, cabe a ele manter a constante fiscalização do empregado, mesmo após a prova

¹⁰⁹BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 486.

¹¹⁰*Ibidem, loc. cit.*

¹¹¹MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 614

¹¹²BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 486.

¹¹³*Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁴*Ibidem, loc. cit.*

durante o curso do contrato¹¹⁵.

Por fim, o contrato de trabalho gera para o empregado o dever de fidelidade, uma vez que há direitos e obrigações de cunho pessoal, inserido o aspecto ético. Sobre o tema, destaca Alice Monteiro de Barros que: “esse dever é a conduta humana honrada, que pressupõe o agir com retidão, em virtude não só do interesse do empregado como também da harmonia que deverá existir na organização do trabalho que ele integra”¹¹⁶.

A fidelidade é exteriorizada nas obrigações de fazer, ou seja, obrigações positivas, cabendo ao empregado informar ao empregador perigos e anormalidades que acontecem no ambiente laboral. Cabe também ao empregado mais dois tipos de conduta: colocar o empregador a par do andamento do negócio e relatar-lhe as deficiências no material e nos instrumentos de trabalho¹¹⁷.

Como se não bastasse, a outra face diz respeito às obrigações de não fazer, ou seja, obrigações negativas, uma vez que o empregado não deve ter comportamentos que venham a ser prejudiciais ao empregador.

Se for praticada conduta adversa, ensejará na justa causa, ocasionando a resolução contratual.

Nos dois capítulos que se seguem será possível uma análise mais detida dessa problemática que vem resvalando nos espaços de exercício profissional diante da precária habilidade nos usos das redes sociais pelas sociedades atuais.

Lançadas as bases teóricas acerca dos deveres inerentes ao contrato de emprego, segue-se para a problemática, objeto desta monografia, apurando se há, ou não, violação aos referidos deveres por parte do empregado ou empregador.

¹¹⁵BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 487.

¹¹⁶*Ibidem, loc.cit.*

¹¹⁷*Ibidem, loc. cit.*

3 REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO USUÁRIO

Neste ponto, será estudado como as redes sociais têm influência no mundo contemporâneo, através do modo que estabelecem relações interpessoais *online*, com faceta positiva e negativa, pois pode o homem, através do exercício de liberdade de expressão ter seus direitos de intimidade e privacidade invadidos e relativizados à luz do caso concreto, o que acontece nos casos de despedida por justa causa derivadas de provas advindas de redes sociais e que é, justamente, o cerne deste estudo.

Cabe, neste tópico, analisar o que o advento da Internet representa, pois graças a ela que as redes sociais surgiram, proporcionando para o Direito um novo desafio, visto que o progresso tecnológico acaba por afetar a sociedade mundialmente. Contudo, ainda há o ceticismo do jurista em relação a essas questões, uma vez que o direito é uma ciência predominantemente conservadora e que, necessita de tempo para se adaptar às novas realidades.

Aqui, faz-se o seguinte questionamento: até que medida a liberdade de expressão pode ser exercida sem lesionar outros direitos fundamentais, como a intimidade e privacidade, por exemplo? De acordo com Tadeu Silva¹¹⁸:

A solução destes conflitos entre bens jurídicos fundamentais – que abarca o conhecimento filosófico – é dificultada pela constatação que não existem direitos absolutos, ilegisláveis e ilimitados em um Estado Democrático de Direito: nem a liberdade de expressão nem nenhuma outra podem ser concebidas – a partir do momento em que se desenvolvem em um plano coletivo –, com caráter absoluto.

Com toda certeza, apenas observando de forma geral a sociedade, é possível afirmar que o acesso à Internet toma uma dimensão maior a cada dia e, neste âmbito, há, de forma instantânea, a circulação e o compartilhamento de dados. Por esse motivo, tal instrumento de comunicação que foi integrado à vida pessoal e profissional da população. Assim, se tornou uma ferramenta essencial que tem aproveitamento em diversas áreas, tanto para fins trabalhistas, como para fins

¹¹⁸SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora IBCCRIM, 2000, p. 21.

estudantis ou de divertimento. Neste ponto, por haver vários grupos diferenciados, foram criadas as redes sociais. Num primeiro momento, inclusive, cabe esclarecer o que seriam redes. Nas palavras de Manuel Castells “a rede é um conjunto de nós interligados”¹¹⁹.

Pois bem, as redes sociais têm forte influência na sociedade contemporânea, podendo ser utilizadas para os mais diversos fins e, por esse motivo, seu uso pelos indivíduos deve ser responsável, com a devida promoção da tomada de consciência, de maneira que não acarrete situações que possam gerar um conflito entre direitos fundamentais e desenvolvimento social.

Em suma, com o advento da Internet, as barreiras foram reduzidas, mas pode o homem se libertar ou se tornar escravo do progresso tecnológico. Há a facilitação do crescimento baseado no conhecimento. Por outro lado, há aqueles que não têm acesso à informação e, ainda, as situações em que os direitos fundamentais são, de certa forma, violados nessa era de informação¹²⁰.

Por isso, a função deste capítulo é traçar um histórico e caracterizar as redes sociais, relacionando o seu uso à limitação dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, a intimidade e a privacidade.

3.1 REDES SOCIAIS

Antes de adentrar no conceito do que seriam as redes sociais e o seu histórico, é necessário delinear como o fenômeno da globalização, conjuntamente com os avanços tecnológicos e a Internet, contribuiu para que o cenário atual fosse alcançado. Veja-se, pois, o que aborda os autores Ivete Ferreira e Luiz Baptista¹²¹:

O homem é um ser social, sendo, portanto a comunicação uma das maiores necessidades da sociedade humana desde os primórdios de sua existência. Conforme as civilizações se espalhavam ocupando áreas cada vez mais dispersas geograficamente, a comunicação a longa distância se tornava cada vez mais uma necessidade e um desafio. E, ao que parece, o homem

¹¹⁹CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura, vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 606.

¹²⁰*Ibidem, loc. cit.*

¹²¹FERREIRA, Ivete Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 5.

venceu este desafio.

Nessa linha, os autores Ivette Senise Ferreira e Luiz Olavo Baptista seguem afirmando que para o processo definido como globalização, as novas tecnologias foram indubitavelmente a sua base. Contudo, apesar de a globalização estar vinculada às questões tecnológicas, para que se faça entender este fenômeno, devem ser suscitadas questões complexas de ordem cultural, social e jurídica. Esta se consolida como barreira desse processo, já que se funda em tradições e valores seculares. Diversos autores, em que pese o fascínio ou as críticas por esta ordem mundial, a define como repetição de um processo histórico de dominação mundial disfarçado de evolução sem fronteiras, cabendo, acima de tudo, a prudência à sua aceitação¹²².

Logo, conclui-se que as redes sociais apareceram com o intuito de fazer com que houvesse o compartilhamento e criação de laços sociais entre os homens, que necessitam de mais interação. Por isso, esses sujeitos estão sempre se adaptando aos perfis, que mudam constantemente¹²³.

Ademais, como bem destaca Gonçalo Costa Ferreira, “é, no início do séc. XX, que surge a ideia de rede social, a ideia de que as relações sociais compõem um tecido que condiciona a ação dos indivíduos nele inseridos”¹²⁴.

Neste diapasão, pode-se dizer que os meios de comunicação em massa romperam e continuam rompendo fronteiras, não estando limitados por um simples espaço físico, em consequência ao fenômeno da era de informação, a qual se deu a partir da globalização, fenômenos estes que merecem ser explicados para maior compreensão do que se aborda neste capítulo.

Segundo os autores Lon Safko e David K. Brake¹²⁵:

Uma rede confiável é um grupo de pessoas de pensamento parecido que se

¹²²FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9.

¹²³GUEDES, Fabrícia. **A evolução das redes sociais**. Disponível em: <<http://www.insite.pro.br/saladeaula/fabricia.pdf>>. Acesso em: 24/04/2017.

¹²⁴FERREIRA, Gonçalo Costa. **Redes Sociais de Informação: uma história e um estudo de caso. Perspectivas em Ciência da Informação**. Jul./set. 2011, v.16, n.3, p.208-231. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pci/v16n3/13.pdf>>. Acesso em: 25/04/2017.

¹²⁵SAFKO, Lon; BRAKE, David K. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios**. Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 32.

reúnem em um lugar comum para compartilhar pensamentos, ideias e informações sobre si próprias. Esses grupos, às vezes, incluem mais de 100 milhões de usuários registrados que hospedam mais de 10 bilhões de fotografias – como com o site de rede social Facebook (www.facebook.com). Uma rede confiável também pode ser tão pequena quanto uma pessoa única e influente.

Falar-se-á, a partir de agora, sobre o que consistem as redes sociais, sua evolução histórica e, ainda, suas diversas representações, através das suas modalidades.

3.1.1 Conceito e histórico das redes sociais

A Internet foi criada no contexto da Guerra Fria para fins militares, sendo um essencial meio de comunicação entre as forças armadas norte-americanas em casos de os meios tradicionais de telecomunicações serem destruídos pelas forças inimigas. A partir da década de 70, houve uma ampliação para objetivos acadêmicos, em que, principalmente estudantes e professores universitários dos EUA, trocavam mensagens, ideias e descobertas por meio dessa linha de rede mundial¹²⁶.

Foi apenas a partir do ano de 1990 que começou a se falar em alcance da Internet para a população em geral. Nesta época foi desenvolvida pelo inglês Tim Bernes-Lee a *World Wide Web*, que acabou possibilitando a criação de sites visualmente mais interessantes e dinâmicos, além do uso de uma interface gráfica. Foi a partir daí que o fenômeno da Internet disparou. Inclusive, muitos defenderam que a Internet seria a maior invenção tecnológica depois da televisão¹²⁷.

Nesse contexto, os *e-mails*, traduzidos para a língua portuguesa como correios eletrônicos, surgiram a fim de possibilitar a troca de mensagens, sendo a primeira forma de relacionamento na Internet. Era a única forma de troca de arquivos e comunicação disponível para os usuários e continua a ser um modo de interação utilizado nos dias atuais¹²⁸.

¹²⁶OLIVEIRA, Natanael. **Redes sociais**: história e guia completo. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017.

¹²⁷*Ibidem*.

¹²⁸*Ibidem*.

Contudo, o aumento discrepante de internautas fez com que surgisse a imprescindibilidade de criação de ferramentas de comunicações que permitissem a ampliação nas redes de contato de forma abrangente, tendo em vista que as mensagens não eram repassadas com facilidade, pois eram limitadas aos que possuíam endereço eletrônico¹²⁹.

Foi então que em meados dos anos 2000 houve a popularização da Internet, que passou a ser usada por diversos segmentos sociais, de modo que hodiernamente é impossível se pensar em um mundo em que a Internet não exista, pois estar conectado se tornou uma necessidade de alta relevância¹³⁰.

O ano de 2006 pode ser considerado como o da febre das redes sociais, cujo avanço deu azo a uma nova era da Internet¹³¹.

Feita essa introdução necessária, cabe agora disciplinar o que seriam as redes sociais propriamente ditas.

De acordo com Natanael Oliveira¹³², redes sociais não necessariamente estão ligadas à Internet, de modo que seu verdadeiro significado está na representação de interação e troca social, na própria representação das pessoas, sendo um conceito bem mais antigo que a *web*, associado, portanto, “ao início da civilização onde o homem se reunia em torno de uma fogueira para compartilhar gostos e interesses”¹³³.

Ainda, nas palavras do Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians-Universität Munchen, Alessandro Hirata¹³⁴:

¹²⁹OLIVEIRA, Natanael. **Redes sociais**: história e guia completo. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017.

¹³⁰*Ibidem*.

¹³¹*Ibidem*.

¹³²Natanael Oliveira é Bacharel em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda pela Faculdade Cearense, onde atua como colaborador nas oficinas relacionadas a marketing digital. Pós graduando em Gestão estratégica de Marcas (Unifor). É autor do blog NatanaelOliveira.com.br, atual responsável pelo departamento de SEO/Mídias Sociais do Grupo de comunicação O POVO. Fundador da Nordeste SEO, uma agência de consultoria em SEO que presta consultoria em Search. Facilitador do módulo de SEO no Curso de formação prática da MRH-FGV. Realiza palestras, cursos e workshops na área de marketing digital em parceria com o Quartel Digital em todo o Brasil. (*Idem*. **Sobre o autor**. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/sobre-o-autor/>>. Acesso em: 26/04/2017).

¹³³*Idem*. **Redes sociais**: história e guia completo. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017

¹³⁴HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 2014, ano 51, n. 201, p. 17-27; Disponível em:

Um serviço de rede social (*social networking service*) é uma plataforma, baseada na internet, para a construção de redes sociais ou relações sociais entre as pessoas que, por exemplo, desejam compartilhar interesses, atividades ou conexões da vida real. Tal serviço consiste em uma representação de cada usuário (geralmente um perfil), suas relações sociais, e uma variedade de serviços adicionais. Desse modo, os sites de redes sociais permitem aos usuários compartilhar ideias, imagens, mensagens, atividades, eventos e interesses com as pessoas em sua rede.

Conclui-se que há uma necessidade inerente ao ser humano de criar laços, compartilhando interesses e gostos e as redes sociais têm justamente essa finalidade – de unir, independentemente da distância física aqueles que têm interesses em comum. Surgem, assim, diversos tipos de redes sociais, os quais serão analisados no tópico seguinte.

3.1.2 Tipos de redes sociais

Apesar de não ter tido sucesso no Brasil, mas sim no Canadá e nos Estados Unidos, pode-se ter como referencial o ano de 1995 para se referir à primeira rede social surgida na Internet, denominada *Class Mates*, que tinha como objetivo proporcionar encontros entre amigos de escola, faculdade, entre outros, para que os laços criados em ambiente *offline* permanecessem no mundo virtual de forma *online*. Ademais, o site tinha um modelo de serviço pago, o que não ocorreu com a maioria das redes que chegaram tempos depois¹³⁵.

A *América Online*, por sua vez, assim como foi um dos primeiros provedores de Internet, também foi pioneira na categoria bate-papo, através do *AOL Instant Messenger*. Em 1997 foram enviadas as primeiras mensagens instantâneas pela Internet, estas tendo seu acesso limitado aos assinantes do provedor supracitado, mas a partir disso houve a contribuição na popularização das mensagens instantâneas¹³⁶.

No mesmo ano de 1997 houve o surgimento do *Sixdegrees*, que permitia, pela

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502950/001002775.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26/04/2017.

¹³⁵OLIVEIRA, Natanael. **Redes sociais**: história e guia completo. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017

¹³⁶*Ibidem*.

primeira vez na história, a criação de um perfil virtual. Não só isso, mas também possibilitava a publicação e listagem de contatos. Com esse novo modelo de rede social passou a haver a permissão no que concerne à visualização de perfis de terceiros. Essa rede tinha como finalidade ampliar a gama de contatos, a partir das amizades que os usuários possuíam, uma vez que o referencial da denominação *Sixdegrees* era que a cada seis pessoas conhecidas, havia um amigo em comum. Depois desse modelo, diversas outras parecidas surgiram¹³⁷.

Entre 1997 e 2002 várias redes sociais surgiram, mas a que mais se destacou por se assemelhar aos formatos atuais é a *Friendster*. Esta conquistou diversos internautas, pois encorajava a ligação entre pessoas que tinham interesses em comum, trazendo o conceito de círculo de amizades. À semelhança do *Sixdegrees*, a *Friendster* permitia a divulgação e criação de perfis, bem como listas de contatos¹³⁸.

Passado o sucesso da *Friendster*, inclusive concebida como seu “clone” ou nova versão, surgiu a rede social *My Space* no ano de 2003. Destacou-se se tornando uma das redes sociais mais populares do mundo, principalmente nos Estados Unidos por se mostrar um espaço de comunicação totalmente interativo, uma vez que abarcava fotos, músicas e um *blog* que poderia ser personalizado por cada usuário¹³⁹.

No mesmo ano de 2003, foi lançada a “rede social dos empresários”, o *LinkedIn*, a qual trouxe uma proposta totalmente diferenciada das redes sociais da época. O *LinkedIn* tem como foco o assunto profissional e não a integração de grupos de amizades com interesses em comum. Ficou conhecido como um recurso que os empresários utilizavam a fim de se comunicar com outros profissionais¹⁴⁰.

Em 2004, por sua vez, houve a chegada da *web 2.0*, ocasionando o grande “boom” das redes sociais, o que indicou um tipo de evolução da *web* depois da bolha da Internet, trazendo a chegada da segunda geração de comunidades. Tal evolução encontra vínculo com uma nova forma de encarar e utilizar a Internet, tanto pelos

¹³⁷ OLIVEIRA, Natanael. **Redes sociais: história e guia completo**. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

próprios desenvolvedores quanto pelos usuários¹⁴¹.

Foi nesse mesmo ano que surgiu uma das redes sociais que teve mais popularidade à sua época, o *Orkut*, que tinha como proposta facilitar com que seus usuários criassem novas amizades. Inicialmente tinha como público alvo os internautas americanos. No entanto, fez sucesso mundial, especialmente no Brasil e na Índia. Por ter começado com a necessidade de envio de convite por parte de alguém que já estava participando da rede, gerou uma enorme interação entre os usuários, que rapidamente difundiram o uso do *Orkut*¹⁴². Contudo, com o advento de outras redes sociais, como o *Facebook* e o *Twitter*, a audiência do *Orkut* declinou, dizendo adeus no ano de 2014, após completar 10 anos de existência¹⁴³.

Criado também em 2004, inicialmente denominado de *The Facebook*, o *Facebook* foi ideia dos ex-estudantes da Universidade de Havard, Mark Zuckerber, Dustin Moskovitz, Eduardo Saverin e Cris Hughes. Na sua concepção, o acesso era restrito aos estudantes da Universidade, mas com o passar do tempo se expandiu para outros campos estudantis e, finalmente, em 2006, qualquer sujeito que tivesse acima de 13 anos passou a poder criar seu perfil no *Facebook*, que se utiliza de diversas estratégias com o objetivo de manter os internautas conectados o maior tempo possível à sua rede, contando com postagens de fotos, jogos e um leque cada vez maior de atividades, evoluindo como uma espécie de *habitat* completo¹⁴⁴.

Já em 2006, foi lançada a rede social considerada à época como a mais inovadora no que diz respeito à velocidade de informação, o *Twitter*, que se diferencia das demais redes por limitar a publicação em 140 caracteres. Contudo, isso não impediu com que se fosse uma das modalidades mais acessadas e utilizadas do mundo¹⁴⁵.

Merece destaque o *Instagram*, que teve início em 2010. Trata-se de um aplicativo gratuito disponibilizado para Android e IOS que possibilita aos usuários aplicarem filtros nas suas imagens capturadas e publicarem na rede, sendo esta sua fórmula

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² OLIVEIRA, Natanael. **Redes sociais: história e guia completo**. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017.

¹⁴³ DÂMASO, Lívia. **A história do Orkut**. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/07/historia-do-orkut.html>>. Acesso em: 27/04/2017.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Natanael. *Op. cit.*

¹⁴⁵ *Ibidem*.

de sucesso, tornando-se febre mundial no ano de 2013¹⁴⁶.

Por fim, o *Whatsapp*, criado em 2009 por Jan Kou, é um sistema gratuito de texto, semelhante ao SMS, fácil de usar e que funciona com base nos contatos da agenda de telefone de cada usuário, dependendo apenas da conexão com a Internet. Com tais características, não demorou para que se espalhasse de modo viral¹⁴⁷.

Pode-se afirmar, portanto, que a compreensão de redes sociais é definida a partir da noção de qualquer povo que partilhe de um ideal, preferência ou interesse em comum. Deste modo, no momento em que se faz referência ao ambiente *online*, o qual nos interessa neste estudo, as redes sociais são denominadas por digitais¹⁴⁸, as quais passam por uma série constante de evoluções, que não são acompanhadas de forma ideal pelos juristas.

Como bem expõe o autor Alexandre Freire Pimentel¹⁴⁹:

Essa resistência do jurista às novidades técnicas estaria talvez vinculada a outras: inclusive sua recusa em face dos estudos interdisciplinares, tão frequentes hoje, e mesmo ontem, entre historiadores e sociológicos, pedagogos e psicanalistas. A herança cultural do que se nutre o saber jurídico, com seu porte cognoscente formal e também seus resíduos teleológicos, continua fazendo do cientista do direito intelectual que evita o contato demasiado comprometedor com temas e linguagens provindos de disciplinas outras.

Numa linha mais recente de pensamento, explica Liliana Paesani¹⁵⁰ que a forma ímpar de velocidade da nova tecnologia não deixou com que houvesse a absorção da informática em todos os ramos da sociedade. O direito pode ser considerado conservador em comparação à dinâmica da Internet, a qual tem complexa capacidade para fatos novos. Isso faz com que seja impossibilitado ao legislador acompanhar seus passos. Contudo, mesmo diante do fato desse conservadorismo, o Direito deve procurar fazer justiça, não podendo ser omissor. Deve buscar, portanto, superar e se adaptar à natureza livre da Internet, a fim de tentar “preservar

¹⁴⁶OLIVEIRA, Natanael. **Redes sociais: história e guia completo**. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017.

¹⁴⁷ANGELO, Kedson. **A história de criação do Whatsapp**. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/hist%C3%B3ria-da-cria%C3%A7%C3%A3o-do-whatsapp-kedson-angelo>>. Acesso em: 27/04/2017.

¹⁴⁸OLIVEIRA, Natanael. *Op. cit.*

¹⁴⁹PIMENTEL, Alexandre Freitas. **O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

¹⁵⁰PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 2.

os direitos dos cidadãos, sua privacidade e integridade, responsabilizando os infratores, mesmo que virtuais”¹⁵¹.

Outrossim, ressalta Marcel Leonardi¹⁵²:

Estamos vivendo um momento de transição. A quase totalidade dos operadores do Direito ainda não está suficientemente familiarizada com a Internet, razão pela qual o estudo dos temas jurídicos envolvendo a Rede ainda fica a cargo de especialistas com maior afinidade com a informática e que lidam com a Internet em seu cotidiano pessoal e profissional. No entanto, se desejamos que a nova fronteira digital se torne realmente civilizada, precisamos compreender como o sistema jurídico deve ser aplicado a esse novo domínio da interação humana.

No Brasil, sabe-se que ainda não há um regulamento específico sobre direito cibernético, sendo o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) o que se tem de mais próximo, uma vez que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso de Internet no Brasil”¹⁵³. Entretanto, não possui solução a maioria dos conflitos existentes no cenário atual.

A referida Lei ainda traz no seu art. 2º, *caput* e art. 3º, a liberdade de expressão como sendo fundamento e princípio no uso da Internet, temática que será abordada mais profundamente no que se segue.

3.1.2 Redes sociais como um espaço legítimo de expressões individuais e coletivas

O desenvolvimento da Internet trouxe consigo novos direitos e deveres que devem ser observados através da ótica legal, visto que diversas relações entre sujeitos são travadas a todo e qualquer tempo nas redes sociais, mas ainda há dependência da regulamentação legal devida. Nesta senda, cabe discutir sobre a liberdade de expressão e de pensamento, que são direitos constitucionalmente previstos e

¹⁵¹PAESANI, Lílana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 2.

¹⁵²LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 29.

¹⁵³BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 abr. 2014, ano CLI, n. 77, p. 1-3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 27/04/2017.

refletem o pensamento individual e coletivo, estes disseminados na Internet¹⁵⁴.

Nota-se, pois, que os ambientes virtuais se tornaram grandes fontes de manifestações coletivas, uma vez que ideias de maneira irrestrita são proclamadas por diversos grupos sociais que participam de forma ativa de tal ambiente, considerado popularmente como *janela para o mundo*. Todavia, há o risco de direitos legalmente garantidos ferirem outros, direta ou indiretamente, já que a liberdade no cenário hodierno tomou novos contornos, não tendo mais a barreira da distância geográfica¹⁵⁵.

Logo, como as redes sociais consistem num ambiente em que não há contato físico entre os indivíduos, sendo somente virtuais, efetivam o exercício da liberdade na medida em que permitem internautas a comentar sobre inúmeros assuntos, se tornando um canal eficaz de divulgação de informações e, ainda, pode ser um meio de mobilizar a sociedade contra abusos¹⁵⁶.

Por não encontrar nenhum obstáculo para sua “fala”, qualquer pessoa, por meio de uma rede social, pode se manifestar acerca de temas polêmicos, podendo chegar a promover, inclusive, um debate. Não há controle ou censura prévia – o indivíduo escreve e pronto – de modo que não há inibição no seu posicionamento sobre os acontecimentos¹⁵⁷.

Igualmente, através de uma rede social pode haver uma mobilização de toda uma sociedade contra aquilo que um membro julga como sendo algo errado. Como exemplo, pode ser citada a situação em que uma pessoa observa o aumento do preço de um produto e faz uma postagem achando um absurdo, recebendo, para tanto, o apoio de diversos sujeitos espalhados pelo mundo¹⁵⁸.

¹⁵⁴SILVA, Guilherme Augusto Pinto. **O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador**: o caso da inviolabilidade do correio eletrônico. 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/guilherme_silva.pdf> Acesso em: 12/04/2017

¹⁵⁵SILVA, Guilherme Augusto Pinto. **O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador**: o caso da inviolabilidade do correio eletrônico. 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/guilherme_silva.pdf> Acesso em: 12/04/2017

¹⁵⁶WOSNIAK, Dilson José. **Liberdade de expressão nas redes sociais**. Disponível em: <<http://www.stampha.com.br/site/vernociacolunistas/5/liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais>>. Acesso em: 27/04/2017.

¹⁵⁷*Ibidem*.

¹⁵⁸WOSNIAK, Dilson José. **Liberdade de expressão nas redes sociais**. Disponível em:

Essas situações são possíveis uma vez que as redes sociais consistem num canal poderoso de publicação de informações, independentemente da sua qualidade. O sujeito pode escrever e postar o que tem vontade, pode também opinar sobre qualquer assunto e, sem o inibidor controle, levar sua obra a muitas pessoas. Deste modo, nas redes sociais encontram-se na oportunidade de exercitar sua liberdade, já que se pode agir na sociedade sem eventuais mecanismos que restringem a expressão¹⁵⁹.

Por isso, os tópicos seguintes buscam analisar a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tais como intimidade e privacidade frente à utilização das redes sociais.

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E USO DAS REDES SOCIAIS

Os direitos fundamentais, em especial os da personalidade, vêm sendo um tema bastante discutido no cenário atual. Isso se dá proporcionalmente aos avanços tecnológicos, uma vez que possibilitam cada vez mais a instrumentalização do aplicador do direito em litígios pautados a partir da violação dos direitos citados – justamente o que instrui este estudo monográfico.

É cediço que os direitos fundamentais existem com a finalidade de garantir devido equilíbrio e dignidade para as pessoas em suas relações pessoais, familiares, sociais e empregatícias. Sendo assim, esses direitos devem servir como parâmetros para todos os tipos de relações, mas principalmente por aquelas abarcadas pelo ordenamento jurídico, de modo que a sua não observância pode lesionar a condição humana e a sua esfera pessoal.

Historicamente falando, nem sempre os direitos fundamentais encontraram o lugar de prestígio garantido pela Constituição Cidadã de 1988, conforme observa Ingo

<<http://www.stampha.com.br/site/vernoticiacolunistas/5/liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais>>. Acesso em: 27/04/2017.

¹⁵⁹WOSNIAK, Dilson José. **Liberdade de expressão nas redes sociais**. Disponível em: <<http://www.stampha.com.br/site/vernoticiacolunistas/5/liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais>>. Acesso em: 27/04/2017.

Wolfgang Sarlet¹⁶⁰ quando defende que na história do constitucionalismo pátrio, pela primeira vez, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Ademais, nova a aceitação pelo direito constitucional positivo vigente no que concerne aos direitos fundamentais, dando *status* jurídico que lhes é devido e que não havia tido o devido reconhecimento ao longo do progresso constitucional.

No tocante ao que se propõe esta monografia, é de extrema importância a análise de dois direitos fundamentais dentre os da personalidade, quais sejam: intimidade e privacidade. Contudo, em primeiro lugar há de se fazer uma análise no contexto geral desses direitos para depois analisá-los sob a ótica trabalhista, que tem como sujeitos da relação jurídica o empregado e o empregador. Como bem destaca Guilherme Augusto Pinto Silva¹⁶¹, há um debate sobre os efeitos inerentes à explosão das tecnologias de entretenimento, comunicação e informação no ambiente do lazer e do trabalho, principalmente sobre as grandes proporções que vem tomando o problema da violação da privacidade. O autor defende que o direito não consegue acompanhar a evolução veloz e incessante da tecnologia aplicada às relações estabelecidas na sociedade.

3.2.1 Conceito dos direitos da personalidade

Antes de adentrar propriamente no direito à intimidade e à privacidade, faz-se mister o direcionamento do estudo sobre o que seriam os direitos da personalidade.

O conceito de personalidade advém da ótica de qualidade pessoal. Segundo o próprio dicionário¹⁶², é a “qualidade ou condição de ser uma pessoa”; ou, ainda, o “conjunto de qualidades que define a individualidade de uma pessoa moral”.

Nessa perspectiva, antes de se debruçar sobre o conceito de direito da personalidade em si, faz-se necessário analisar a acepção jurídica do próprio termo

¹⁶⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 211.

¹⁶¹SILVA, Guilherme Augusto Pinto. **O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador: o caso da inviolabilidade do correio eletrônico**. 2010, p. 6. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/guilherme_silva.pdf> Acesso em: 12/04/2017

¹⁶²FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. São Paulo: Editora Positivo, p. 1050.

pessoa.

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁶³, pessoa seria qualquer sujeito de direitos: “é, enfim, aquele que titulariza relações jurídicas na órbita do Direito, podendo se apresentar como sujeito ativo ou como sujeito passivo, além de reclamar um mínimo de proteção necessária ao desempenho de suas atividades”¹⁶⁴.

Apesar de a palavra *pessoa* poder ser estudada por diferentes óticas, no presente trabalho o foco será aquele que pertence ao âmbito jurídico. Neste, *pessoa* é todo sujeito passivo ou ativo que se submete a deveres e que é titular de direitos, podendo exercê-los no âmbito do Direito¹⁶⁵.

Embora os direitos da personalidade sejam categoria recente de direito subjetivo, na Antiguidade já existia certa tutela jurídica, de modo que havia a punição de ofensas físicas e morais à pessoa, por meio da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *dikekakegorias*, na Grécia¹⁶⁶.

O cuidado com a pessoa humana, advindo das declarações de direitos, se deu por conta do dever de proteger o cidadão contra a arbitrariedade do Estado totalitário. Porém, limitava-se à proteção conferida pelo direito público à integridade física e outras garantias políticas. Não havia nas relações estabelecidas pelo direito civil um sistema de proteção que não estivesse dentro dos limites penais¹⁶⁷.

No liberalismo não havia limites nas relações jurídicas patrimoniais, uma vez que o direito privado se atinha, basicamente, estipulando garantias para que não houvesse ingerência externa no exercício do domínio e, além disso, para que a movimentação de riqueza, consubstanciada na propriedade, pudesse ter livre direcionamento em face da disciplina contratual¹⁶⁸.

Com a determinação de direitos subjetivos para a proteção de valores relativos à personalidade, a pessoa humana foi considerada instrumento de valia nas relações

¹⁶³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Salvador: Editora JUSPODVIM, 2013, v. 1, p. 169.

¹⁶⁴*Ibidem, loc. cit.*

¹⁶⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Salvador: Editora JUSPODVIM, 2013, v. 1, p. 170.

¹⁶⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 132.

¹⁶⁷TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 34.

¹⁶⁸*Ibidem, loc. cit.*

de direito privado. Diante disso, os civilistas delinearam um direito iluminado pelo direito da propriedade, sendo este um direito subjetivo privado por excelência¹⁶⁹.

Em verdade, o marco histórico dos direitos da personalidade ocorreu em 1890, por meio da revista jurídica da faculdade americana *Havard Law Review*, através de um artigo denominado de *The Right to Privacy*. Este, que teve como autores Samuel Warren e Louis Brandeis foram motivados pela vida social da mulher de Samuel, uma vez que esta tinha destaque exagerado nos jornais de Boston. Explica, portanto, o sentido individualista do direito à privacidade, apresentado como um “direito a ser deixado só” (*right to be alone*)¹⁷⁰.

Nota-se, pois, que o direito à privacidade, logo em sua concepção, tinha ligação com a salvaguarda à vida familiar, pessoal e íntima de cada ser humano, tratando-se, na sua essencialidade, de um direito à intimidade, assumindo uma conotação apenas negativa, no que diz respeito ao dever geral de não fazer (abstenção)¹⁷¹.

Fazendo um paralelo, a privacidade tinha ponto em comum com o direito à propriedade, pois “tal qual a propriedade, a privacidade era vista como uma aspiração excluída do horizonte das classes operárias e dos marginalizados”¹⁷².

Contudo, a partir de 1960 o cenário acima referido se alterou, tendo como principal estímulo a multiplicação de mecanismos por meio do desenvolvimento da tecnologia, que, na esteira das relações contratuais, acabam por provocar um “aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea”, pois cada vez mais as informações expostas passam a ser utilizadas para os mais diversos fins¹⁷³.

Sobre o tema, bem pontua Danilo Doneda¹⁷⁴ ao disciplinar que os dados que representam virtualmente os sujeitos podem ser avaliados para o julgamento dos mais diversos fins – seja para a obtenção de um emprego, para a passagem livre pela alfândega, para a concessão de uma linha de crédito, de um plano de saúde

¹⁶⁹TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 34.

¹⁷⁰SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 137.

¹⁷¹*Ibidem, loc. cit.*

¹⁷²*Ibidem, loc. cit.*

¹⁷³*Ibidem, loc. cit.*

¹⁷⁴DONEDA, Daniel. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 2.

etc.

Na mesma linha, assinala Gustavo Tepedino¹⁷⁵ ao afirmar que:

De um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a pessoa humana a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina; de outro lado, a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las.

Deste modo, na sociedade contemporânea o direito à privacidade deve ter seu objeto abrangido, não mais cabendo apenas aquela sua finalidade inicial, mas também comportar o direito da pessoa humana de ter o poder de manter em suas mãos o controle sobre seus dados pessoais¹⁷⁶.

Novamente, bem explana Anderson Schreiber¹⁷⁷ que a exposição vista sob o olhar dos outros por meio de dados coletados ou fornecidos de modo aparentemente inofensivo pode ser até mais sutil que a intromissão na intimidade doméstica, mas não é menos perigosa, pois o uso inadequado dessas informações pode acarretar em prejuízos para o seu titular.

Para melhor ilustrar situações que apresentam o mencionado risco, Anderson Schreiber utiliza-se de uma situação aparentemente sem maiores consequências, mas que, efetivamente, a partir de tais acessos o empregador pode estar diante de elementos que considerem munção probatória para justa causa. Veja-se então o exemplo trazido pelo autor:

Imagine-se, por exemplo, que uma certa companhia colete em redes sociais (Orkut, Facebook etc.) dados sobre os candidatos selecionados para uma entrevista de emprego. Pode a companhia se valer desses dados para eliminar certo candidato que se declara integrante de um movimento sindical ou membro fanático de uma torcida organizada. O mesmo candidato pode ser eliminado até por razões mais pueris, como uma frase infeliz publicada na internet ou uma foto mais ousada, postada por ele ou não, que possa sugerir “comportamento incompatível com o perfil da empresa”. O destino da pessoa humana acaba decidido não com base na sua real personalidade, mas com base na representação virtual que é construída a partir de dados pessoais coletados de modo mais ou menos

¹⁷⁵TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 24/25.

¹⁷⁶SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 138

¹⁷⁷*Ibidem, loc. cit.*

aleatório¹⁷⁸.

Quanto à privacidade como proteção aos dados pessoais, pode-se dizer que atualmente o direito à privacidade é mais amplo do que o direito à intimidade, podendo ser definido como o direito que controla e coleta a utilização dos próprios dados pessoais¹⁷⁹.

É sabido que a privacidade comporta duas dimensões: procedimental e substancial. Cabe neste trabalho explorar ambas, para que se faça melhor compreensão sobre o tema.

Sobre a dimensão procedimental, é correto afirmar que esta se manifesta na coleta da informação pessoal. Houve uma ampliação, de modo que atualmente não diz respeito apenas ao espaço doméstico do lar, mas qualquer invasão de privacidade, no que diz respeito à coleta clandestina ou desautorizada da informação pessoal, deve-se considerar repulsa¹⁸⁰.

Com o advento dos meios de comunicações, dentre eles telefones, televisores, computadores e, principalmente, a *Internet*, a qual traz consigo *email*, *sites*, *blogs*, redes sociais, entre outros, pode-se afirmar que não há mais fronteiras entre casa e rua, pois cada sujeito leva consigo sua intimidade ao carregar seus *smartphones* dotados de tecnologia. Noutra face, há uma exigência de proteção dessa mesma intimidade no que diz respeito aos meios técnicos de coletas de informações pessoais, de modo a assegurar essa cautela que desconheça limites físicos para que seja capaz de proteger a pessoa em todos os ambientes os quais ela atua¹⁸¹.

Ante o exposto, conclui-se que, assim como no direito de imagem, no direito a privacidade deve haver autorização do titular para que seus dados pessoais venham a ser obtidos. Só há a dispensa dessa autorização nas situações em que “a ponderação entre a privacidade e outros interesses constitucionalmente protegidos justifiquem a dispensa de autorização”¹⁸².

Entretanto, essa dimensão procedimental não é restringida apenas pela coleta de

¹⁷⁸SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 140.

¹⁷⁹*Ibidem*, p. 139.

¹⁸⁰*Ibidem*, p. 141.

¹⁸¹*Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁸²*Ibidem*, *loc. cit.*

dados pessoais não autorizadas. Vale destacar que no cenário atual é inevitável a coleta de um conjunto mínimo de informações pessoais do ser humano, tendo em vista que existe um mecanismo de intercâmbio permanente de dados, consubstanciado no cotidiano através de uso de cartão de crédito, *check-in* em hotel, entre outros¹⁸³.

Ainda, há que se considerar que os dados pessoais não podem ser tratados como bens patrimoniais, ou seja, não há alienação destes. Logo, uma vez fornecidos, não pode o destinatário retransmitir para quem quer que seja, até porque a presunção que se tem nos casos em que os dados pessoais são disponibilizados – na compra de um bilhete aéreo, por exemplo – é de que o uso seria específico e imediato para tal finalidade daquela operação econômica¹⁸⁴.

Por isso é importante que haja uma explanação da tutela da privacidade, devendo esta se estender por todas as fases do processo informativo.

Ademais, ainda deve ser observada a dimensão substancial da privacidade. Esta pode ser compreendida pelo próprio emprego da informação obtida e é tal dimensão que mais interessa a este estudo. Como bem assinala Anderson Schreiber¹⁸⁵, todo indivíduo tem “direito a controlar a representação de si mesma que é constituída a partir de seus dados pessoais. É direito de toda pessoa exigir que tal representação reflita a realidade, impedindo que seu uso assumam caráter discriminatório”.

Ora, é fato que muitas pessoas ao postarem informações pessoais nas redes sociais, exibindo sua intimidade e privacidade, não pensam nas consequências que poderão advir desses atos. A violação do direito à privacidade, por exemplo, pode acarretar no desrespeito a outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

A regulamentação do direito à privacidade encontra subsídio no art. 21 do Código Civil, que disciplina ser este inviolável. Contudo, para um ordenamento que foi editado no ano de 2002 se esperava mais. Hoje o desafio da privacidade não é a sua afirmação, mas sim sua efetividade. Embora haja a garantia pela Constituição

¹⁸³SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 141.

¹⁸⁴*Ibidem, loc. cit.*

¹⁸⁵*Ibidem, loc. cit.*

Federal e pelo Código Civil, observando o cotidiano de qualquer pessoa, constata-se a frequente violação a esse direito da personalidade¹⁸⁶.

Desta forma, o surgimento desses direitos se deu através da noção de que não deveria haver, de forma indevida, a intromissão estatal, tampouco a intromissão da própria sociedade, genericamente falando, na vida pessoal dos sujeitos. Nesse âmbito estão inseridas regalias que têm caráter individual e subjetivo.

Afirma-se, pois, que todos os direitos inatos são direitos da personalidade, mas a recíproca não é verdadeira como, por exemplo, o direito intelectual do autor que prescinde de criação intelectual¹⁸⁷.

Sabe-se que o tema de direitos da personalidade foi introduzido em um capítulo específico do Código Civil de 2002, mas, apesar disso, por estar pautado no princípio maior que é o direito da dignidade da pessoa humana, o Direito Civil não pode se distanciar do Direito Constitucional, uma vez que esse deve obedecer aos preceitos fundamentais postos na Constituição Federal, pois são os valores de maior relevância do ordenamento jurídico brasileiro. Assim dispõem os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁸⁸:

Nessa trilha de raciocínio, repita-se à sociedade, que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a *dignidade humana*, vinculando o conteúdo das regras acerca da personalidade jurídica. Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar a vida com dignidade.

É importante ressaltar que mesmo a dignidade da pessoa humana sendo considerada como um valor jurídico de maior relevância, ela traz não só eficácia positiva, mas negativa também. Da face positiva, extrai-se a afirmação da dignidade, pois há a vinculação de todo o arcabouço normativo infraconstitucional, impondo deveres ao Estado e aos particulares para alcançar esse fim. De outra banda, a eficácia negativa traz consigo uma delimitação, “ao Poder Público e às pessoas

¹⁸⁶SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 144

¹⁸⁷TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 47.

¹⁸⁸FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Salvador: Editora JUSPODVIM, v. 1, p. 164.

como um todo, ao exercício de determinados direitos”¹⁸⁹.

É por essa razão que o ordenamento jurídico brasileiro de proteção à personalidade jurídica necessita convergir para a garantia de uma vida digna a todos os sujeitos, por meio das suas facetas positivas e negativas. Como bem defende Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁹⁰:

É preciso, pois, *efetivar* no caso concreto, no cotidiano jurídico, a afirmação da dignidade humana, como postulado básico da ordem jurídica. Equivale a dizer: impende exigir, contemporaneamente, que a legalidade constitucional permeie todo o tecido normativo do Direito Civil. Ou seja, é preciso funcionalizar os institutos privados aos valores constitucionais.

Finalmente, analisando sob essa perspectiva que “se pode obter a importância dessa matéria, podendo averiguar que os direitos da personalidade dignificam o homem, protege a sua essência, não deixando de se restringir as proteções de cunho meramente patrimonial”¹⁹¹.

Olhando para o contexto histórico, percebe-se que antigamente a personalidade jurídica era tida apenas como uma particularidade advinda da genética para que fosse admitida a condição de sujeito de direitos a uma pessoa. Nesse diapasão, pode-se dizer, em linhas gerais, que os direitos da personalidade são uma construção relativamente recente juridicamente. Isso porque só houve uma preocupação referente a esses após as atrocidades ocorridas na II Guerra Mundial, surgindo a necessidade de garantir à pessoa humana alguns direitos básicos de proteção¹⁹².

Em favor da própria personalidade humana era preciso que se assegurasse uma tutela fundamental, a fim de salvaguardar a própria raça. É nesse contexto que, no ano de 1948, na França, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁹³.

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro esse ramo de direitos só foi admitido

¹⁸⁹FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11. ed.Salvador: Editora JUSPODVIM, v. 1, p. 165.

¹⁹⁰*Ibidem*, p. 167.

¹⁹¹CARNEIRO, Verena Bárbara Malandra. **A tutela jurídica do direito à intimidade e à vida privada do empregado**, p. 31.

¹⁹²FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 175.

¹⁹³DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30/04/2017.

devido a relevantes colaborações de doutrinadores, juntamente às normas esparsas, sendo legitimado pela Constituição Federal de 1988. Como já citado anteriormente, foi o Código Civil de 2002, nos arts. 11 ao 21, que reconheceu expressamente esses direitos da personalidade. Inclusive, pelo fato de diversos ordenamentos jurídicos almejarem tornar mais eficaz a dignidade da pessoa humana, elevam-se os direitos da personalidade ao *status* de princípio fundamental. Deste modo, é fundamental enxergar essa matéria à luz civil-constitucional.

Os direitos da personalidade, portanto, são uma série de direitos protetivos positivados pelo legislador constituinte em torno da pessoa humana. Em regra, dentro dessa redoma protetora não há espaço para que haja a intervenção de terceiros.

Logo, são os direitos subjetivos da pessoa de defender tudo que lhe é próprio, com exceção de seu patrimônio. Assim, se há a proteção da integridade física, moral ou intelectual de um ser humano, se está diante de um direito da personalidade. Tais direitos, por exorbitarem o campo patrimonial, têm características próprias. Cabe, agora, dissecar cada uma delas.

3.2.2 Características dos direitos da personalidade

A doutrina costuma elencar algumas características inerentes aos direitos da personalidade, que serão analisadas a partir de agora.

A intransmissibilidade diz respeito ao fato de que o objeto não se separa do sujeito originário, logo, por força de um nexo orgânico, não há possibilidade de mudança¹⁹⁴.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis porque não podem ser transferidos para a esfera jurídica de outro sujeito. Nas palavras de Maria Helena Diniz: “nascem e se extinguem *ope legis* com o seu titular, por serem dele inseparáveis”¹⁹⁵.

¹⁹⁴SIMÓN, Lia *apud* DE CUPIS, Adriano. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 64.

¹⁹⁵DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 135.

De acordo com Pontes de Miranda¹⁹⁶, a intransmissibilidade dos direitos da personalidade se resulta da irradiação de efeitos próprios e da infungibilidade mesma da pessoa. Ademais, nem os o exercício e nem os poderes contidos em cada direito da personalidade são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados.

Na indisponibilidade, ainda que deseje o seu titular, os direitos da personalidade não podem mudar de sujeito, em decorrência da natureza do próprio objeto. Nesse ponto, subtrai-se o poder de disposição do indivíduo¹⁹⁷.

Sobre essa característica, Maria Helena Diniz¹⁹⁸ destaca que a regra é a indisponibilidade, mas há temperamentos sobre isso, exemplificando com a admissão da disponibilidade em prol do interesse social, entre outros. Conclui que a disponibilidade é relativa, podendo ser, inclusive, objeto de contrato.

Na mesma linha, Cristiano Chaves¹⁹⁹ defende que, apesar de os direitos da personalidade serem classificados como indisponíveis, essa indisponibilidade deve ser analisada sob a ótica da relatividade, uma vez que há a possibilidade da cessão do seu exercício, mas com limitação, pois a dignidade não pode ser sacrificada. Para tanto, toma como base legal o art. 11 do Código Civil²⁰⁰, o qual regula: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis”.

Ademais, para ratificar este entendimento, existe o Enunciado 4 da Jornada Civil²⁰¹, o qual dispõe: “O exercício dos direitos da personalidade podem sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Já na irrenunciabilidade, o elo que une o direito da personalidade com o seu titular

¹⁹⁶MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Editora Brookseller, p. 23.

¹⁹⁷DE CUPIS- Adriano *apud* SIMÓN, Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 64.

¹⁹⁸DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 135

¹⁹⁹FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Salvador: Editora JUSPODVIM, v. 1, p. 181

²⁰⁰BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01/05/2017.

²⁰¹CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil**. 2002. Disponível em: <<http://daeth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>>. Acesso em: 05/05/2017.

atinge o máximo de intensidade, de modo que não pode ser eliminado, devendo permanecer na sua esfera²⁰².

Logo, os direitos da personalidade não podem ultrapassar da esfera do seu titular.

Carlos Roberto Gonçalves defende que os titulares dos direitos da personalidade não podem dele dispor, logo, não podem transmiti-los a terceiros, nem renunciar o seu uso ou abandoná-los, pois “nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade”²⁰³.

Na mesma linha, assinala Sílvio Venosa²⁰⁴ que pelo fato de os direitos da personalidade resguardarem a dignidade humana, por ato voluntário ninguém pode renunciar a liberdade, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, ceder seu nome para a utilização de outrem, dispor de sua privacidade.

A característica do absolutismo quer dizer que os direitos da personalidade contêm um dever geral de abstenção, tendo caráter de exclusão e podendo ser opostos *erga omnes*, o que impõe um dever de respeito²⁰⁵.

São tão importantes e imprescindíveis que condicionam a todos um dever de respeito e abstenção e, sob outro prisma, são inerentes a toda pessoa humana, possuindo caráter geral²⁰⁶.

De acordo com Cristiano Chaves, “a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade”²⁰⁷.

A extrapatrimonialidade garante que os direitos da personalidade são insuscetíveis de aferição econômica. A indenização pela sua lesão será equivalente, caso não

²⁰²SIMÓN, Lia *apud* DE CUPIS, Adriano. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 64.

²⁰³GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 187.

²⁰⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 171.

²⁰⁵ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A proteção aos direitos humanos fundamentais de personalidade no Direito do Trabalho. **Revista Jurídica da Amatra 17ª Região**. Jul. 2008, Ano 5, v. 5, n. 9, p. 54.

²⁰⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 188.

²⁰⁷FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, vol. 1. 11. ed. Salvador: Editora JUSPODVIM, p. 183.

seja possível a sua reparação *in natura* ou a reposição do *status quo ante*²⁰⁸.

Leciona Sílvio Venosa²⁰⁹ que:

Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos: tratar-se-á, então, de pedido substitutivo, qual seja, uma reparação pecuniária indenizatória pela violação do direito, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violado. Os danos que decorrem da violação desses direitos possuem caráter moral. Os danos patrimoniais que eventualmente podem decorrer são de nível secundário. Fundamentalmente, é no campo dos danos morais que se situa a transgressão dos direitos da personalidade. De fato, em linhas gerais, não há danos morais fora dos direitos da personalidade.

O autor segue afirmando que os direitos da personalidade têm a característica de serem extrapatrimoniais por não admitirem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico²¹⁰.

Embora o rol de direitos da personalidade estar expresso pelos artigos 11 a 21 do Código Civil, há uma mera exemplificação, pois não se esgotam nos dispositivos legais. Não é possível imaginar um rol taxativo nesse campo, uma vez que outras hipóteses originadas do progresso econômico-social e científico poderão ser suscitadas e tipificadas em norma. Ainda, devidos aos avanços, principalmente no âmbito da tecnologia, a personalidade passa a experimentar novas intimidações que precisarão ser encaradas, com regulamentação da sua tutela²¹¹.

É cediço, portanto, que os direitos da personalidade são de extrema relevância e também indissociáveis dos seres humanos. Deste modo, devem ser salvaguardados em todas as esferas do ordenamento jurídico, incluída a trabalhista²¹². Como bem aborda Tatiana B. S. Bom de Sousa Roxo²¹³:

Os direitos fundamentais não possuem apenas a eficácia vertical (indivíduo-Estado), mas também a eficácia horizontal, estabelecida entre os próprios

²⁰⁸DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico universitário. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.. 135.

²⁰⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 172.

²¹⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 172.

²¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 188.

²¹²ROXO, Tatiana B. S. Bom de Sousa. Os direitos de personalidade e a tutela jurisdicional da honra e da intimidade dos trabalhadores – os novos instrumentos de vigilância e controle dos atos do empregado. **Revista LTr**. Out. 2012, v. 76, n. 10, p.1230.

²¹³*Ibidem, loc. cit.*

particulares que, claramente, aplica-se às relações laborais. Assim, os particulares também estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais. No âmbito laboral especificamente, o empregador deve respeitar os direitos de personalidade de seus empregados.

Apesar de terem como características mais importantes a intransmissibilidade e a inalienabilidade, sendo, portanto, direitos indisponíveis, há uma relativização quanto a esse aspecto, uma vez que há exceções previstas em lei, assim como dispõe o art. 11 do Código Civil²¹⁴: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Essa disposição de relativização se consubstancia no Código Civil através dos arts. 13, 14 e 18, os quais permitem a transmissão dos direitos da personalidade por meio de negócios jurídicos, ou, ainda, sua renúncia temporária. Contudo, é de mister importância que se garanta que não seja retirada a dignidade e autonomia do sujeito e que o mesmo não seja tratado como mero objeto de uma relação jurídica. Efetivamente, o referido “consentimento” não corresponde a uma renúncia propriamente dita, notadamente por não resultar em extinção do direito²¹⁵.

Em resumo, as formas de proteção aos direitos da personalidade, assim como a sua teoria, evoluíram gradativamente na mesma medida em que se aprimoraram as ideias de enaltecimento do sujeito de direito que é a pessoa humana.

Quanto à natureza jurídica dos direitos da personalidade, esta já foi bastante discutida, pois havia quem defendesse a inexistência de direitos subjetivos ou, ainda, aqueles que reconheciam a existência, mas discutiam acerca do seu fundamento jurídico. Ademais, há quem diga que os direitos da personalidade são esfera pública e há quem diga que são da esfera privada. Cabe aqui a análise de cada um desses aspectos.

Nas relações de emprego, empregador e empregado são como atores principais do gerenciamento da empresa, de um lado, e do desenvolvimento da prestação de

²¹⁴Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01/05/2017.

²¹⁵ROXO, Tatiana B. S. Bom de Sousa. Os direitos de personalidade e a tutela jurisdicional da honra e da intimidade dos trabalhadores – os novos instrumentos de vigilância e controle dos atos do empregado. **Revista LTr**. Out. 2012, v. 76, n. 10.

serviços, do outro²¹⁶.

Diante da existência de uma relação de hipossuficiência entre as partes, tendo em vista que o empregado na maior parte das vezes aparece em situação consideravelmente desfavorável do ponto de vista do negócio, é necessário que os direitos mínimos desses trabalhadores sejam protegidos pelo Estado²¹⁷.

No entanto, diante da atual conjuntura, em que passa por votação no Congresso Nacional a Reforma Trabalhista, muitos dos direitos há duras lutas assegurados, estão na iminência de retrocederem, inobstante a proibição da Carta Magna do retrocesso social. Assim, o leque de proteções hoje garantido pelo Estado brasileiro, pode estar com seus dias contados, o que, na perspectiva do presente estudo, torna-se fundamental a reflexão quanto ao desenvolvimento de normas específicas que possam calibrar os usos e abusos das redes sociais, seja por parte do empregado, como do empregador.

Alia-se a tais constatações a introdução de novas tecnologias na seara laboral, que muitas vezes são utilizadas como meio de fiscalização dos empregados, carecendo ainda de clareza quais os limites e possibilidades de parte a parte.

Debruça-se, o presente estudo, acerca dos limites que cerceiam os atos de fiscalização por meios eletrônicos, face ao direito à privacidade e liberdade de expressão do empregado, bem como os deveres inerentes ao contrato de emprego.

3.2.2 Redes sociais e direito à liberdade de expressão

A liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento constituem direitos fundamentais, inscritos no art. 5^a, IV e IX, da CF, que poderão, contudo, sofrer restrições e modulações, haja vista que inexiste direito absoluto.

Em tempos hodiernos, opiniões pessoais são livremente manifestadas em páginas da internet, *blogs*, e-mails e, em especial, nas redes sociais. Essas manifestações, em alguns casos, trazem consequências além da esfera pessoal do manifestante,

²¹⁶*Ibidem.*

²¹⁷*Ibidem.*

alcançando outros indivíduos e, por vezes, atingido sua honra, acendendo debates sobre restrições cabíveis ao direito à livre manifestação e expressão face à esfera jurídica alheia.

É fato que hoje em dia se questiona sobre os limites de usos das redes sociais e que há, inclusive, diversas notícias sobre controvérsias em curso nos Tribunais sobre o assunto. Para tanto, é importante que sejam fixados alguns parâmetros na sociedade brasileira a fim de que nem a liberdade de expressão, nem outros direitos fundamentais sejam tolhidos, tendo em vista que são direitos contemplados pela Constituição Federal²¹⁸.

Para que seja possível qualquer análise em torno da proporcionalidade requerida entre liberdade de expressão e exposição da vida privada numa esfera pública que alcança proporções inimagináveis, como pode ser o caso de determinado uso das redes sociais, será importante ampliar-se a compreensão em torno do que, juridicamente falando, se compreende por liberdade de expressão.

É sabido que a liberdade de expressão está positivada na Constituição Federal como direito fundamental, alocada, pois, em seu art. 5º, IV, que determina que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”²¹⁹.

Nas palavras de Jorge Miranda²²⁰, a liberdade de expressão abarca toda demonstração da vida própria dos sujeitos: atos de vontade, ideias, ideologias, convicções, crenças, opiniões, emoções, sentimentos. Ainda, pode se revestir de diversas formas, seja por imagem, gesto, silêncio ou pela palavra oral ou escrita.

A liberdade de expressão, portanto, permite que o sujeito exprima suas próprias ideias e ideais enraizados em seus pensamentos, numa independência de expressão da própria dignidade e valoração subjetiva²²¹.

²¹⁸BOËCHAT, Sylvie. **Liberdade de expressão e pensamento x Direito de proteção à imagem**. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI176917,91041-t>>. Acesso em: 30/04/2017.

²¹⁹BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, n. 191-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18/04/2017.

²²⁰MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: CoimbraEditora, 2000. T.IV. p. 453.

²²¹MELLO, Cristiane Maria Freitas. **A liberdade de expressão nas redes sociais: direito de crítica do empregado x imagem e honra do empregador**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de

Como se vê, além da Carta Magna, a liberdade de expressão também se encontra na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 19²²²:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Ainda, encontra fundamento no art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica²²³, o qual estabelece:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Uma reflexão sobre o tema com o olhar aberto à permissão de estabelecimento de alguns limites de usos das redes sociais pode, num primeiro momento, proporcionar um sentimento de retrocesso social e provocar arrepios aos brasileiros, uma vez que estes são gerações filhas da ditadura, em que havia censura autorizada, o que tolhia a liberdade de expressão injustamente, além da liberdade de ir e vir. Nesta toada, a simples perspectiva de haver controle sobre imagens, vozes e pensamentos, demonstra, numa primeira análise, uma ideia repulsiva²²⁴.

Entretanto, é cediço que viver em sociedade requer a fixação de limites, controle, sanções e adequação de condutas, mesmo porque o direito individual impera até que venha a ofender o de outro alguém, seja em condutas intencionais ou não²²⁵.

Destarte, na convivência social já há habitualidade da submissão das condutas e vontades ao que regula o conjunto de regras que norteiam a vida privada e pública, respeitando desde as regras de etiquetas mais primordiais, como também, e

Pós-graduação em Direito da PUC/SP. 2014, 136f. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 65. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6495>>. Acesso em: 06/05/17.

²²²DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30/04/2017.

²²³CONVENÇÃO americana sobre direitos humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30/04/2017

²²⁴BOËCHAT, Sylvie. **Liberdade de expressão e pensamento x Direito de proteção à imagem**. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI176917,91041-t>>. Acesso em: 30/04/2017.

²²⁵*Ibidem*.

essencialmente, a submissão aos ditames do ordenamento jurídico vigente no Brasil.

Nota-se, pois, que o homem sempre estará procurando desenvolver suas aptidões, por meio do processo de mudança de seu pensamento, de suas emoções, ideias, pensamentos, sentimentos e linguagem. Esse caminho de autorrealização, porém, pede a possibilidade de livre manifestação dessas aptidões, para comprovação da essencial natureza humana²²⁶.

Pode-se dizer, então, que o homem expressa o seu próprio modo de ser, a sua inteireza espiritual, intelectual e moral por meio da liberdade de expressão. Deve a liberdade estar conciliada com o igual direito dos demais, em que pese tenha como valor maior o indivíduo, mormente na sua capacidade de autodeterminação, o que limita a atuação do Estado²²⁷.

Resumindo, “todos têm direito de externar certos aspectos da própria personalidade, inclusive suas opiniões e críticas, sem que por conta disso esteja sujeito à estigmatização ou discriminação social”²²⁸.

Há um desafio para a ciência do direito no que tange à complexidade das relações desenvolvidas no âmbito da rede. O exercício dos direitos e a vida das pessoas sofrem da influência direta do fenômeno, o que se associa à necessidade de proteção jurídica da conduta humana contra atos lesivos à dignidade, o que torna necessária uma individualização de regras e princípios, mas de forma condizente com a arquitetura técnica da rede e seu objetivo primário de beneficiar uma circulação de informações em nível global²²⁹.

Insta salientar, em suma, que a rede aumenta a possibilidade de interação entre os sujeitos e aumenta a difusão do próprio pensamento, que pode variar em diversas vertentes, sendo que estas podem variar em uma opinião política, expressão de

²²⁶MELLO, Cristiane Maria Freitas. **A liberdade de expressão nas redes sociais:** direito de crítica do empregado x imagem e honra do empregador. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP. 2014, 136f. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 65. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6495>>. Acesso em: 06/05/17.

²²⁷MELLO, Cristiane Maria Freitas. **A liberdade de expressão nas redes sociais:** direito de crítica do empregado x imagem e honra do empregador. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP. 2014, 136f. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 65. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6495>>. Acesso em: 06/05/17.

²²⁸*Ibidem, loc. cit.*

²²⁹*Ibidem.*

conhecimento ou até mesmo um simples relato de um cotidiano, que vem de qualquer parte do mundo e numa rapidez que chega a aniquilar a distância física entre os indivíduos conectados²³⁰.

3.2.3 Redes sociais e o direito à intimidade e privacidade

Alguns doutrinadores ao debruçarem-se sobre a análise dos controvertidos debates aos limites dos direitos de intimidade e privacidade, utilizam-se de uma clássica obra de George Orwell denominada *1984*, a fim de estabelecer paralelo entre a ficção e realidade vivida em governos ditatoriais e na modernidade tecnológica globalizada, em que os espaços de compartilhamento de intimidades e privacidades estão descolados de limites físicos.

Como exemplo, é possível extrair do trabalho de Anderson Schreiber tal comparativo. Na análise do supracitado autor “a visão de Orwell sobre o futuro pareceu ao público aterrorizante, mas possível. A experiência dos regimes autoritários europeus estava ainda muito viva na memória dos leitores”²³¹.

O paradoxo da realidade narrada no livro escrito em 1948 é que, o Grande Irmão promovia uma vigilância indesejada, ao tempo em que o *reality show* inspirado neste, o *Big Brother*, que teve sua última versão no Brasil encerrada em Abril de 2017, os participantes submetem-se a tal vigilância voluntariamente, abrindo mão de sua intimidade e privacidade.

O personagem principal da obra *1984*, Winston, conta como uma discrepância estrutural em seu apartamento, onde havia uma reentrância em que este podia resguardar-se da observação da tela do Grande Irmão, o que lhe permitiu passar a escrever um diário, o que não era ilegal, visto que já não existiam leis, mas poderia resultar em longo tempo de prisão, trabalhos forçados e até mesmo na morte²³².

Contrário disso ocorre com o *Big Brother* e com as redes sociais, pois mesmo

²³⁰SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 135

²³¹*Ibidem, loc. cit.*

²³²ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011, p. 16/17

contando com direitos fundamentais constitucionais, a sociedade hodierna estabelece relações que os tornam líquidos, dificultando definir os seus limites, tanto para quem observa, quanto para quem expõe.

A receptividade do *reality show*, por sua vez, se deveu aos espectadores que não enxergam problema em darem uma “espiadinha” na vida alheia através do programa *Big Brother* Brasil. Os espectadores, então, passam o tempo observando a intimidade dos participantes, sem sequer verem problema nisso. Alguns, inclusive, pagam a mais por um pacote em que se permite bisbilhotar a vida dos participantes 24 horas por dia²³³.

Neste diapasão, Anderson Schreiber leciona:

É evidente que o direito está aqui muito distante da realidade. Enquanto casais trocam carícias em uma casa cercada de câmeras que transmitem a cena para todo o Brasil, o Código Civil declara que “a vida privada da pessoa natural é inviolável” (art. 21) e que o exercício da privacidade, como dos demais direitos da personalidade, não pode sofrer qualquer “limitação voluntária” (art. 11). Quem se apegua à letra da lei não entende como é possível que aquelas imagens sejam veiculadas na televisão.

Contudo, a verdade é que a privacidade não tem um devido tratamento no Código Civil, até porque há apenas um artigo sobre a matéria, com um enunciado genérico do qual não se extrai nada além do já previsto pela Constituição Federal. O dispositivo poderia vir a solucionar vários conflitos concretos ligados à privacidade, porém perdeu a oportunidade²³⁴.

Não obstante, o Código Civil se utilizou do termo *vida privada*, demonstrando “certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais”²³⁵.

É inegável que a sociedade da informação, também conhecida como pós-moderna, trouxe uma erosão da privacidade através das redes sociais. Estas, como já citado anteriormente, funcionam como comunidades virtuais, logo, não há espaço físico e, deste modo, há o enfraquecimento da privacidade. Em outras palavras, os meios eletrônicos podem acabar por exterminar a privacidade, ou seja, apesar de

²³³SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, p. 136.

²³⁴*Ibidem*, loc. cit.

²³⁵*Ibidem*, loc. cit

facilitarem a comunicação entre as pessoas, acabam proporcionando a invasão da privacidade e intimidade, cabendo fazer a distinção entre elas.

Outro ponto a ser considerado é a perspectiva de fluidez nas relações promovida pelas redes sociais, impulsionadas pelo desenvolvimento das tecnologias do mundo virtual que, para alguns, seria o elemento que indicaria a transição à pós-modernidade. Contudo, embora sejam inegáveis as transformações nas formas das pessoas se relacionarem em todas as áreas de suas vidas, parece, aos olhos desta pesquisadora, que a percepção desenvolvida por Bauman²³⁶ reúne maior coerência, o qual denomina este fenômeno como “modernidade líquida”, assim diz o filósofo:

Estamos todos numa solidão e numa multidão ao mesmo tempo de que há dois valores essenciais que são absolutamente indispensáveis para uma vida satisfatória, recompensadora e relativamente feliz. Um é a segurança e o outro é a liberdade. Você não consegue ser feliz, você não consegue ter uma vida digna na ausência de um deles, certo? Segurança sem liberdade é escravidão. Liberdade sem segurança é um completo caos, incapacidade de fazer nada, planejar nada, nem mesmo sonhar com isso. Então, você precisa dos dois. Entretanto, o problema é que ninguém ainda a história e no planeta encontrou a fórmula de ouro, a mistura perfeita de segurança e liberdade. Cada vez que você tem mais segurança, você entrega um pouco da sua liberdade. Não há outra maneira. Cada vez que você tem mais liberdade, você entrega parte de sua segurança. Então, você ganha algo e você perde algo.

A elaboração de um conceito de privacidade ou respeito à vida privada, ainda parece ser tarefa de incipiente desenvolvimento. Os países da Europa Ocidental, através do Conselho da Europa e de outros mecanismos internacionais, na tentativa de formular normas de proteção à esfera íntima da pessoa, chegaram à conclusão de que:

[...] o direito à vida privada consiste essencialmente em poder se levar sua vida como se entende com o mínimo de ingerências. Ele diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação sem autorização de fotografias privadas, à proteção contra espionagem e às indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer do direito à proteção de sua vida privada as pessoas que, por suas próprias atitudes, encorajaram indiscrições das quais elas venham a se queixar posteriormente. O respeito à vida privada de uma pessoa ligada à vida pública levanta um problema particular. A fórmula ‘a vida privada pára

²³⁶BAUMAN, Zygmunt. **O mundo pós-moderno e o mal-estar na civilização**: entrevista. Disponível em: <https://youtu.be/I_VJFr0Ale8>. Acesso em: 12/05/2017. Transcrição no Anexo I deste trabalho.

onde começa a vida pública' não basta para resolver este problema. As pessoas que representam um papel na vida pública têm direito à proteção da vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública. O fato de que o indivíduo ocupe um lugar de destaque na atualidade, não o priva do direito ao respeito de sua vida privada²³⁷.

Já o direito à intimidade se mostra como uma forma de impedir que o aumento da população com uma conseqüente ocupação territorial, em conjunto com o avanço tecnológico, "possa violar o direito de cada um de estar consigo próprio sem interferência alheia"²³⁸.

As redes sociais são cada vez mais utilizadas pela sociedade pelo fato de não conhecerem distância de qualquer natureza. Por isso, são úteis para a comunicação, seja esta entre amigos, familiares, parceiros íntimos, equipes de trabalho, entre outros, independente de distância física²³⁹.

Como listado anteriormente, há uma gama de redes sociais que possuem milhões de usuários, há também aplicativos com o objetivo de entretenimento de acordo com os mais diversos gostos, estilos e objetivos, havendo a praticidade e simplicidade no que diz respeito à interação entre as pessoas. Por conta disso, é comum que os indivíduos não tenham o devido cuidado sobre as informações que estão transmitindo a partir do momento que se integram às referidas redes sociais.

Há, portanto, uma ameaça em relação à privacidade quando são colocadas demasiadas informações pessoais nas redes sociais, o que permite a produção de um perfil do comportamento de um sujeito. Deste modo, são criados arquivos que contém informações de cada usuário, com os mais variados dados concernentes ao seu comportamento econômico, social e pessoal e, ainda, tais informações podem ser usadas para as mais diversas finalidades²⁴⁰.

²³⁷WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis *apud* SILVA, Guilherme Augusto Pinto. **O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador: o caso da inviolabilidade do correio eletrônico**, p. 7. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/guilherme_silva.pdf> Acesso em: 12/04/2017.

²³⁸HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 2014, ano 51, n. 201, p. 17-27; Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502950/001002775.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26/04/2017.

²³⁹ANDRADE, Ronaldo Alves de; MACHADO, Viviane. **Privacidade e as redes sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5677498ba2a6142d>>. Acesso em: 24/05/2017.

²⁴⁰HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**.

Apesar de os dados poderem ser deletados pelos usuários das redes sociais, estas ainda têm o controle sobre os mesmos, que os armazenam para fins econômicos próprios ou de terceiros. Nesta linha, pode-se afirmar que a privacidade nas redes sociais pode restar prejudicada – por um lado, pela divulgação de informações pessoais pelo próprio usuário e, por outro lado, pelo fato de os sites não protegerem devidamente os dados dos usuários, até porque é comum terceiros se utilizarem dessas para uma variedade de objetivos²⁴¹.

3.3 LIMITES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS PELOS USUÁRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Como é sabido e já foi citado anteriormente, há a garantia da proteção à intimidade e a vida privada, com fulcro no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, o que se aplica também no âmbito das relações laborais. Logo, não é admitido que possa o trabalhador ter sua dignidade, vida privada ou sua intimidade violada, pois os direitos fundamentais são estendidos para todos os indivíduos.

De acordo com Tatiana Roxo²⁴², o que se questiona neste ponto é: como resolver este conflito de direitos, poder de controle empresarial *versus* intimidade dos trabalhadores? A mestre em Direito do Trabalho²⁴³, citando Valdés Dal-Ré, destaca que o autor propõe duas formas para a solução do conflito narrado.

Uma delas seria por meio da ponderação, já que um direito fundamental só poderá ser sacrificado em razão de outro direito fundamental. Ademais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é absoluta. A outra solução seria através da

Jan./mar. 2014, ano 51, n. 201, p. 17-27; Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502950/001002775.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26/04/2017.

²⁴¹HIRATA, Alessandro. *Op. cit.*

²⁴²ROXO, Tatiana B. S. Bon de Sousa. Os direitos de personalidade e a tutela jurisdicional da honra e da intimidade dos trabalhadores – os novos instrumentos de vigilância e controle dos atos do empregado. **Revista LTr**. Out. 2012, v. 76, n. 10, p. 1231.

²⁴³Tatiana Bhering Serradas Bon de Souza é Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora de Direito do Trabalho do Centro Universitário Newton Paiva e Advogada trabalhista

modulação, devendo haver a coordenação dos direitos em conflito, para uma contratualização do direito fundamental, dentro do princípio da autonomia da vontade. Neste âmbito, a colisão seria solucionada por meio do contrato, observando-se o princípio da boa-fé²⁴⁴.

Nestes casos, no entanto, a melhor forma de solucionar esses conflitos é aplicando a proporcionalidade, utilizando-se, para tanto, do critério da ponderação, sendo que este deve ser aplicado no caso concreto. Assim, só ocorrerão limitações aos direitos fundamentais caso sejam proporcionais e imprescindíveis. Logo, as limitações não podem ser usadas para atender a mera conveniência de interesses da empresa. O Brasil utiliza do princípio da proporcionalidade em suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A ponderação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade *versus* a liberdade de contratar irá medir se a limitação é exacerbada ou adequada no caso concreto e à luz do princípio da proporcionalidade. Pode-se exemplificar com os casos de revista de rotina, de exames pré-admissionais, e, o cerne deste estudo, a utilização de tecnologia, a qual favorece certo tipo de intromissão na vida privada dos empregados.

Especialmente nos casos em que houver colisão entre o poder diretivo exercido pelos empregadores com os direitos de personalidade dos empregados, deverá ser realizado um juízo de ponderação, utilizando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade na análise do caso concreto.

Existem situações de limitação de certo direito fundamental que são autorizadas pela própria Constituição Federal, como o disposto no inciso XII, do art. 5º, que dispõe que as correspondências e comunicações podem ser violadas se houver uma ordem judicial com fins investigativos criminalmente ou se houver instrução processual penal. Para tanto, deve ser feita a análise do caso concreto e a solução da colisão deve ser feita pelo julgador, uma vez que não pode o legislador estabelecer limitações diretas e específicas, cabendo a análise do caso concreto.

Ora, na esfera civilista existem casos de violação dos direitos de personalidade e de violação da vida privada das pessoas. Logo, na esfera trabalhista, em que há a

²⁴⁴ROXO, Tatiana B. S. Bon de Sousa. *Op. cit.*, p. 1231.

subordinação do empregado ao empregador, o perigo de acontecer tal violação é ainda maior. Por isso a importância de se proteger os direitos da personalidade dos trabalhadores e se liminar a autonomia privada. Ainda, deve ser observada, principalmente, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, princípio supremo da Constituição Federal.

Depara-se no cenário atual com a reestruturação produtiva, a revolução tecnológica e, conseqüentemente, a introdução de novas tecnologias no ambiente de trabalho. Há, portanto, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que as novas tecnologias acabam por invadir a liberdade e a intimidade de forma cada vez mais complexa.

Afirma-se que a nova estrutura de organização das empresas facilita esses tipos de atitudes, uma vez que elas se utilizam da justificativa da constante busca pelo rendimento e a conservação do nome da própria empresa para se intrometer na intimidade e na vida privada dos empregados, por meio de práticas abusivas. O empresariado também se utiliza da defesa do direito de propriedade, que é protegida constitucionalmente, mas desconsiderando a importante função social que a propriedade deve ter.

O cotidiano da execução do contrato trabalhista acaba proporcionando a violação dos direitos de personalidade dos empregados pelos empregadores e vice-versa. Via de regra, acontece a violação da imagem, da honra, da intimidade e da vida privada do trabalhador.

Noutra face, se de um lado existe a autonomia privada como bem fundamental assegurado constitucionalmente, por outro lado, há outros bens jurídicos fundamentais, de igual tutela constitucional, que protegem o trabalhador²⁴⁵.

Na mesma linha, questiona como harmonizar idênticos bens fundamentais, sem que haja o sacrifício de um em detrimento do outro, já que, a autonomia privada é objeto de tutela constitucional assegurada ao empregador nos contratos empregatícios, mas também há direitos fundamentais igualmente asseguráveis ao trabalhador. Surge, portanto, uma colisão *in concreto*, o que dá azo ao questionamento feito.

²⁴⁵MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. Colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais trabalhistas – autonomia privada *versus* direito à privacidade e intimidade do trabalhador. **Revista LTr**. Fev. 2009, v. 73, n. 2, p. 213.

Nestes casos, como se trata de colisão de princípios, pode-se aplicar a lei de colisão. Esta, por sua vez, se resume em tomar em conta as circunstâncias do caso concreto e fixar entre os princípios uma relação de precedência condicionada.

De acordo com Robert Alexy²⁴⁶, isso significa que:

A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, indicam-se as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

O autor formula a lei da colisão dispondo que “as condições sob as quais um princípio precede o outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”²⁴⁷.

Por sua vez, finaliza Renata Nóbrega²⁴⁸ afirmando que:

Este é, pois, o resultado da ponderação de princípios ou interesses postos em jogo. É mediante a especificação e a valoração das condições que se determina a precedência dos princípios, é, portanto, consequência da noção de princípios como mandamentos de otimização a serem realizados em diferentes graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ademais, José Antônio Gediel²⁴⁹, em capítulo denominado por *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador*:

A observância dos direitos fundamentais nos contratos de trabalho se torna dificultada pela condição fática da desvantagem econômica do trabalhador, subjacente à relação jurídica e, diante disso, o mero consentimento do empregado destinado à renúncia ao exercício temporário de direitos fundamentais não pode ser, normalmente, aceito como renúncia. Esse é o sentido da decisão da Comissão dos Direitos da Pessoa e dos Direitos da Juventude do Quebec, que julgou ineficaz a cláusula que determinava a fixação da residência de um empregado, em determinada cidade, por considerá-la ofensiva ao direito ao respeito à vida privada.

Pois, em casos concretos em que a autonomia privada e os deveres e direitos

²⁴⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 91.

²⁴⁷*Ibidem*.

²⁴⁸MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. Colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais trabalhistas – autonomia privada *versus* direito à privacidade e intimidade do trabalhador. **Revista LTr**. Fev. 2009, v. 73, n. 2, p. 213.

²⁴⁹GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159/160.

contratuais que dela se derivam entrarem em conflito com os direitos fundamentais, necessita-se do exame à luz do princípio ou critério da proporcionalidade. Segue o supracitado autor afirmando que os direitos fundamentais intervêm na autonomia privada e faz-se ofensivas à dignidade e prejudicial aos direitos da personalidade do trabalhador todas as cobranças contratuais ou pré-contratuais, que se exaltem no que concerne à exata finalidade e os limites de operação econômica que venham a alcançar o núcleo da pessoa²⁵⁰.

Parte-se agora para o último capítulo deste trabalho, em que será abordada a temática sobre o que é postado nas redes sociais pelos empregados que pode – ou não – acabar na dispensa por justa causa no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁵⁰ *Ibidem.*

4 AS POSTAGENS EM REDES SOCIAIS COMO FUNDAMENTO PARA MOTIVAÇÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo se dedicará a tratar da extinção do contrato empregatício em virtude de conduta culposa do empregado, também conhecida pela denominação de *justa causa*.

Como já abordado, a grande problemática trazida aqui para o direito é compreender e acompanhar as inovações para garantir a pacificação social, a sustentabilidade das novas relações e a preservação do próprio Estado Democrático de Direito. Cabe aos aplicadores do direito a árdua tarefa de entender e encontrar respostas para os desafios advindos desse novo paradigma, em que as pessoas e as tecnologias coexistem.

Atualmente, como as postagens em redes sociais têm sido utilizadas para fundamentar a dispensa do empregado por justa causa, neste último capítulo que se segue, cabe fazer uma análise mais aprofundada sobre o poder disciplinar do empregador que tem o condão de ensejar a extinção do contrato empregatício por despedida por justa causa. Para tanto, serão abordadas cada uma das hipóteses trazidas pelo art. 482 da CLT e a relação de cada uma com o cenário vivido pela sociedade.

Outro ponto de interesse a ser desenvolvido é até onde se compreende os papéis dos atores envolvidos nessas relações “em redes”, suas “verdades” e seu “poder de fogo” ao determinar, muitas vezes, desfechos felizes ou desastrosos nas diversas relações humanas, notadamente nas relações do campo profissional.

Uma curiosidade que se pretende desvendar, ainda, será identificar que peso vem tendo as postagens nas decisões dos empregadores, uma vez que, de antemão, é possível constatar que somente vai à público o que é considerado publicável, nem sempre traduzindo fielmente uma realidade.

A juíza titular da 2ª Vara do Trabalho de Taguatinga, Rosarita Carion²⁵¹, afirmou em

²⁵¹CARION, Rosarita. **Postagens em redes sociais podem servir de prova em ações judiciais:**

entrevista:

Acredito que muita coisa que é postada no *Facebook* pode chegar à Justiça e pode servir de prova, como também pode ter uma conotação totalmente diferente do que realmente a pessoa quis postar. No caso de amizade... Hoje em dia a palavra amizade tomou outras dimensões. Não é mais aquela amizade que a pessoa tem de intimidade, de trocar confidências. É uma amizade extremamente relativa. Ou é afinidade por determinado tema, ou porque gosta de um determinado time ou de um determinado esporte, as pessoas trocam informações. É diferente de se manter uma relação de amizade, na Justiça chamada de amizade íntima, que requer muito mais que isso: um contato mais físico mesmo, um contato presencial. Hoje em dia, no *Facebook*, você tem pessoas que têm mil amigos... Quem consegue ter mil amigos? Isso não existe [...]

Na mesma linha, o filósofo Bauman²⁵²:

Um viciado do *Facebook* me segredou, não segredou de fato, mas gabou-se para mim de que havia feito 500 amigos em um dia. Minha resposta foi que eu tenho 86 anos, mas não tenho 500 amigos. Eu não consegui isso. Então, provavelmente, quando ele diz “amigo” e eu digo “amigo”, não queremos dizer a mesma coisa. São coisas diferentes.

Assim, em uma rede social o usuário que aparenta ser popular no mundo virtual, pode ter sua realidade muito diferente, iludindo o pensamento de outros sobre sua vida adversa de postagens, fotos etc. No âmbito empregatício, o que se pode perceber é que, muitas vezes, uma rede social acaba atrapalhando a escolha e o empenho, tanto do empregado, quanto do empregador.

4.1 O PODER DISCIPLINAR E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO

Pelo fato de o direito trabalhista ser tuitivo, ou seja, por visar a proteção do trabalhador, nele vigora o princípio da continuidade da relação empregatícia, que visa conservar o contrato, integrando o trabalhador na estrutura dinâmica da empresa. Sob esse prisma, a ordem justralhista poderia cumprir regularmente o

entrevista. Entrevista concedida a Mauro Burlamaqui. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/125945241/entrevista-postagens-em-redes-sociais-podem-servir-de-prova-em-aco-es-judiciais>>. Acesso em: 09/05/2017.

²⁵², BAUMAN, Zygmunt. **O mundo pós-moderno e o mal-estar na civilização**: entrevista. Disponível em: <https://youtu.be/l_VJFr0Ale8>. Acesso em: 12/05/2017. Transcrição no Anexo I deste trabalho.

objetivo do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições ao empregado²⁵³.

Deste modo, esse princípio somente se excepciona quando o empregador exerce sua vontade de entender como justo motivo ou não. Como este estudo tem por base a justa causa, cabe agora falar sobre a sua conceituação. Nesta linha, o autor Amauri Mascaro²⁵⁴ explica:

Justa causa é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico.

Segue na mesma linha dispondo que essa rescisão contratual se determina na medida em que uma das partes da relação empregatícia pratica uma conduta que impede o seu prosseguimento, pois revestida de certas características que tornam a continuidade do vínculo contratual, diante das circunstâncias, muito difícil ou impossível. Caso a situação seja provocada pelo empregado, é denominada de *justa causa*, mas se provocada pelo empregador, utiliza-se o termo de *despedimento indireto*, que assegura ao empregado ter o seu contrato rescindido²⁵⁵.

No cenário brasileiro, a justa causa se caracteriza por ser enumerativa. Logo, só vai haver justa causa se esta for uma das hipóteses previstas em lei, no caso, no art. 482 da CLT. Não há que se falar em prática de conduta que enseje justa causa se não houver disposição legal, pois se adota aqui o mesmo princípio da legalidade do Direito Penal, o qual regula não haver crime sem lei anterior que o defina. Assim, pode-se dizer que há enumeração rígida no sistema brasileiro quanto ao assunto, só podendo ser invocados os motivos previstos na lei para justificar uma resolução contratual por justa causa²⁵⁶.

De acordo com Luciano Martinez²⁵⁷, a justa causa ocorre quando o empregador tem motivos, pautados na lei (art. 482, CLT), reputadas idôneos para privar o trabalhador

²⁵³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1226.

²⁵⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 1016.

²⁵⁵*Ibidem, loc. cit.*

²⁵⁶ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995, p. 25

²⁵⁷MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 606.

das indenizações garantidas por lei.

Além das hipóteses do art. 482, estudado nesta monografia, há outras, como: arts. 158 parágrafo único, 240, parágrafo único e 433, II da CLT; art. 15 da Lei nº 7.783/89; art. 3º da Lei nº 9.962/00; art. 7º, § 3º, do Decreto 95.247/87; art. 43, parágrafo único, do Decreto 73.626/74; art. 6º-A da Lei 5.859/72; art. 20 da Lei nº 6.354/76 e art. 13 da Lei 6.019/74.

Alice Monteiro de Barros²⁵⁸, por sua vez, conceitua a justa causa como sendo uma situação peculiar ao contrato laboral, uma vez que consiste em prática de ato que decorra de culpa grave ou dolo por uma das partes, podendo ser a razão decisiva para a resolução do contrato. Este termo é adotado sempre que há ruptura de um contrato laboral pela prática de ato faltoso do empregado, empregador ou ambas as partes.

Maurício Godinho²⁵⁹ ainda trata sobre a diferenciação entre os institutos de justa causa e falta grave. A primeira seria caracterizada por um motivo expressivo, previsto expressamente pela legislação, autorizando que o contrato se resolva em face do empregado infrator.

A justa causa traz em seu bojo alguns requisitos, que podem ser objetivos, subjetivos ou circunstanciais, que serão analisados a seguir.

O instituto da falta grave, por sua vez, se consubstancia no que dispõe o enunciado do art. 493 da CLT ao tratar que a “prática de qualquer dos fatos que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.”²⁶⁰

Contudo, parte da doutrina, como Délio Maranhão e Wagner Giglio entendem pela semelhança dos institutos. Desse modo, havendo diferenciação entre eles, seria apenas em relação à intensidade²⁶¹.

²⁵⁸BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p.702.

²⁵⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1320.

²⁶⁰BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943, ano LXXXII, n. 184, p. 11937- 11984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017.

²⁶¹DELGADO, Mauricio Godinho. *Op cit, loc. cit.*

4.1.1 Critérios para aplicação das penalidades

Primeiramente, quanto a este ponto, ressalta-se que o direito trabalhista não chegou a uma fase ideal da aplicação do poder disciplinar por parte do empregador e a penalidade aplicada ao empregado que deriva justamente do exercício desse poder, uma vez que o ordenamento brasileiro não tem previsão procedimental acerca de aplicação de penalidades e aferição de faltas no âmbito interempresarial, à exceção da previsão para empregado estável²⁶².

Ademais, também não há mecanismos de coparticipação e corresponsabilização no momento em que as penalidades no âmbito empregatício são aplicadas, uma vez que a avaliação é feita unilateralmente pelo empregador, que avalia a conduta do obreiro para fins de decretar a pena. Portanto, não é observado para o apenado um mínimo de defesa assegurada²⁶³.

Assim, à luz do presente direito trabalhista, é óbvio que existem limites no que tange à decretação de punições pelo empregador, consubstanciando um critério que fixa as penalidades trabalhistas na relação interempresarial. Para tanto, há de se observar três requisitos, que devem ser analisados em face de cada caso concreto, quais sejam: requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais²⁶⁴.

Os requisitos objetivos estão presentes quando é caracterizada a conduta do empregado que se pretende censurar. Os subjetivos, por sua vez, dizem respeito à ligação (ou não) do trabalhador ao respectivo ato. Já os circunstanciais não são arrolados pela maioria da doutrina, por esta entender que os dois primeiros grupos são suficientes. Entretanto, Maurício Godinho traz esse terceiro requisito para disciplinar as situações que envolvem as circunstâncias de aplicação da correspondente penalidade em face da aferição de conduta faltosa do empregado. Em outras palavras, esse terceiro requisito diz respeito ao exercício do poder disciplinar do empregador em face da falta e do empregado envolvidos²⁶⁵.

²⁶²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1322.

²⁶³*Ibidem, loc. cit.*

²⁶⁴*Ibidem, loc. cit.*

²⁶⁵*Ibidem, loc. cit.*

4.1.1.1 Requisitos objetivos

O primeiro requisito que deve ser observado para se aplicar a penalidade da justa causa é a previsão legal. Luciano Martinez²⁶⁶ defende que os motivos geradores desse tipo de rescisão contratual, que consistem na violação de uma obrigação jurídica inerente ao contrato de emprego, devem estar expressamente previstos em lei. Não podem ser elaboradas novas situações senão aquelas já previstas legalmente. O prejudicado, seja empregado (art. 482 da CLT) ou empregador (art. 483 da CLT), deve encaixar a conduta praticada pelo seu oposto em uma das hipóteses categoricamente trazidas pelo texto legal que, na verdade, são conceitos abertos, que podem ser moldados facilmente.

Sobre o assunto, também leciona Alice Monteiro de Barros²⁶⁷ que as justas causas estão reguladas no ordenamento nos arts. 482 e 483 da CLT, e podem ser cometidas, pelo empregado e pelo empregador, respectivamente. Existem outras faltas para além dessas genéricas que são consideradas específicas, que é o caso do art. 240, parágrafo único da CLT²⁶⁸, por exemplo.

Por conta da plasticidade dessa tipificação, autoriza-se a funcional acomodação de tipos clássicos a condutas consideradas modernas, embora não tanto, como se tem conhecimento. Um exemplo que pode ser mencionado é o caso do assédio sexual, que passou a ser englobado na incontinência trazida pela alínea “b” do art. 482 da CLT, quando praticado por obreiro em face de colega de serviço²⁶⁹.

O exame da matéria envolvida tem relação direta com esse requisito, pois o poder

²⁶⁶MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 616.

²⁶⁷BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012

²⁶⁸ “Art. 240 - Nos casos de urgência ou de acidente, capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço, poderá a duração do trabalho ser excepcionalmente elevada a qualquer número de horas, incumbindo à Estrada zelar pela incolumidade dos seus empregados e pela possibilidade de revezamento de turmas, assegurando ao pessoal um repouso correspondente e comunicando a ocorrência ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro de 10 (dez) dias da sua verificação.

Parágrafo único - Nos casos previstos neste artigo, a recusa, sem causa justificada, por parte de qualquer empregado, à execução de serviço extraordinário será considerada falta grave.”.(BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943, ano LXXXII, n. 184, p. 11937- 11984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017).

²⁶⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1323.

disciplinar do empregador só pode ser aplicado limitando-se às condutas obreiras ligadas às obrigações estabelecidas mediante contrato. Desta forma, “o que se pode ser tido como infração laboral será exclusivamente um comportamento do trabalhador que prejudique o cumprimento de suas obrigações contratuais trabalhistas ou produza injustificável prejuízo ao ambiente laborativo”²⁷⁰.

Nesta senda, o poder disciplinar não detém de prerrogativa para se estender a atos essencialmente familiares, sociais, políticos e pessoais do empregado. Somente conduta que se concretiza no âmbito laboral de maneira irregular, contrapondo-se às obrigações legais e trabalhistas contratuais do trabalhador é que podem passar pelo condão do poder disciplinar que detém o empregador. Aqui, há de se fazer uma ressalva, pois há casos em que a lei considera faltoso um ato praticado fora do ambiente empresarial, como ofensa ao empregador ou superiores hierárquicos do empregador, o que está consubstanciado na alínea “k” do art. 482²⁷¹ e acontece comumente nas postagens feitas pelos obreiros em redes sociais.

Ademais, deve ser avaliada a gravidade da infração para fins de exercício do poder disciplinar, pois caso a conduta seja classificada como leve, o empregador deve se valer de prerrogativas com fins de educar aquele empregado que não tenha notadamente vida pregressa funcional na empresa. Só caberá punição mais severa se, não obstante a orientação educativa, a conduta censurável permanecer²⁷².

4.1.1.2 Requisitos subjetivos

De acordo com Sérgio Martins²⁷³, o requisito subjetivo consiste na vontade do empregado quando este age com culpa ou dolo, ou seja, se ele teve o propósito de praticar aquela conduta. Outros elementos subjetivos tratam da personalidade do agente, em observância aos antecedentes na empresa, bem como seu grau de instrução e cultura.

²⁷⁰DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1324.

²⁷¹*Ibidem, loc. cit.*

²⁷²*Ibidem, loc. cit.*

²⁷³MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 414

No âmbito subjetivo, portanto, para que o empregador possa exercer seu poder disciplinar, há dois requisitos: é preciso que haja a autoria do empregado quanto à infração ou que seja demonstrada sua culpa ou dolo em face da omissão ou do fato imputado a ele²⁷⁴.

O próprio nome *autoria* já descreve o que esse requisito significa. Ora, se o trabalhador participou efetivamente da omissão ou do ato tipificados, suscita-se a viabilidade de exercício do poder punitivo a seu respeito.

A culpa, por sua vez, diz respeito a condutas praticadas pelo obreiro com imprudência, negligência ou imperícia. Já o dolo demonstra-se na intenção do empregado ao praticar determinado ato. Logo, não haverá punição se a conduta obreira não for intencional ou quando não for demonstrada uma das hipóteses culposas. Contudo, no que diz respeito a esses requisitos, há de se fazer algumas observações.

Quanto à noção de culpa ou dolo, a jurisprudência trabalhista costuma fazer algumas adequações aos critérios penalistas e civilistas gerais. Explica Maurício Godinho²⁷⁵:

Em primeiro plano, a intenção e a culpa têm de ser examinadas em concreto, isto é, considerando-se o nível de escolaridade do obreiro, seu segmento de atuação profissional, seu nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes. Isso porque é evidente que a intenção dolosa ou a conduta culposa podem atenuar-se em função da maior simplicidade na formação pessoal, escolar e profissional do indivíduo.

O autor ainda pontua que, na verdade, raramente a imperícia é causa ensejadora do exercício do poder disciplinar. A razão disso é que no direito trabalhista vigoram dois princípios, quais sejam: o princípio da assunção dos riscos empresariais pelo empregador, que não permite com que o trabalhador assumira os riscos do serviço prestado e, ainda, o princípio da direção empresarial sobre o contrato e seu cumprimento, que responsabiliza o empregador a analisar efetivamente a aptidão do empregado para a execução do objeto contratual, podendo se valer, inclusive, do contrato de experiência.

²⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1324.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 1325.

4.1.1.3 Requisitos circunstanciais

Por fim, há os requisitos circunstanciais, que são diversos. Como se pode extrair da própria denominação, esses requisitos consistem na atuação do poder disciplinar do empregador em face do empregado envolvido e da falta cometida.

Fala-se em nexos causais entre a infração e a penalidade quando a vinculação entre estas forem diretas. Sobre o tema, explana Maurício Godinho:

A observância (ou não) do nexo causal influi, inclusive, na aferição de outros critérios (como adequação, proporcionalidade, gradação e outros). É que se não houver efetivo nexo causal entre a falta e a punição (deixando, por exemplo, o empregador ocorrer acúmulo de infrações, para então promover punição mais grave), tenderá a ficar comprometida a observância também de outros critérios, como a adequação, a gradação, a imediatividade etc.

A adequação ou não da punição aplicada se expressa, via de regra, por meio de outro critério, qual seja, o da proporcionalidade entre a falta e a punição, que exige a harmonia entre a conduta infratora praticada pelo obreiro e a consequência punitiva a ser aplicada.

Ainda, a adequação tem como base a qualidade, já a proporção leva em conta a quantidade. Esses critérios, portanto, se complementam, devendo ser analisados conjuntamente pelo aplicador do direito.

Por seu turno, a imediatividade exige que a punição, quando conhecida, seja aplicada de logo ao trabalhador infrator, para que se evite a configuração do perdão tácito. Para tanto, mesmo que não haja a fixação de um prazo legal no que diz respeito à imediatividade, a CLT estabelece como parâmetro o lapso temporal de 30 dias para o ajuizamento de inquérito, caso seja necessária apuração da falta grave, prazo este que consiste num prazo decadencial²⁷⁶. Isso está disposto na Súmula 403 do STF: “É de decadência o prazo de trinta dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável.”²⁷⁷

Outro pressuposto diz respeito ao *non bis in idem* ou não punição dupla, devendo

²⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1326.

²⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

haver sua singularidade. Consiste na ideia de que os empregados não poderão ser punidos mais de uma vez em razão de um mesmo fato gerador²⁷⁸. Caso se trate de um conjunto de faltas com uma unidade em seu cometimento, a punição deve ser unitária²⁷⁹.

4.1.2 A extinção do contrato de emprego por justa causa do empregado: art. 482 da CLT

O contrato empregatício pode ser extinto a partir do momento em que uma das partes não está mais satisfeita com a outra, pois não tem a sua expectativa correspondida da forma que desejava. Quando ocorre essa frustração, pode até haver uma tentativa na manutenção do vínculo, mas o que ocorre mais frequentemente é a extinção do contrato empregatício, denominado pela doutrina como rescisão.

Logo, quando há referência ao termo rescisão contratual, isso quer dizer que o contrato de emprego foi extinto, não mais existindo para ambas as partes, cessando as obrigações previstas pelo instrumento e isso vai refletir para os polos em alguns aspectos, principalmente juridicamente e economicamente.

O fenômeno da Internet e, conseqüentemente, o surgimento das redes sociais, que crescem mais a cada dia, trouxeram diversos benefícios para a sociedade. As pessoas se aproximam de certa forma, na medida em que não há barreira física no mundo virtual. Além disso, é possível explorar novos lugares, conhecer e poder se aprofundar sobre qualquer coisa sem sequer sair de casa. Contudo, não se pode dizer que somente foram trazidos efeitos positivos.

Pelo fato inegável de ter havido uma viralização do fenômeno das redes sociais, pode-se dizer que as relações pessoais se tornaram virtuais. Com isso, os indivíduos, devido até mesmo a uma certa carência, passaram a se expor de forma demasiada nas redes. Nota-se que muitas pessoas hoje em dia fazem postagens

²⁷⁸MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 616.

²⁷⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1326.

referentes a quase tudo que acontece com elas. São expostos, de forma instantânea, sentimentos, emoções, viagens, atividades, trabalhos, entre outros. Inclusive, é muito comum que as pessoas que não têm algum tipo de rede social sejam alvo de chacota, pois estão excluídos desse mundo virtual.

Nesta toada, a exposição feita de forma exacerbada pelos usuários de redes sociais acaba por refletir e acarretar consequências em diversos universos, inclusive no trabalhista, uma vez que o conteúdo postado pode vir a chegar ao conhecimento de vários sujeitos.

Em se tratando de um instrumento de comunicação que, por essência, é público, as redes sociais podem acabar gerando uma grande exibição da esfera pessoal do indivíduo. Por isso, é necessário cuidado em relação ao conteúdo que é levado a essas redes, principalmente quando versar sobre assuntos profissionais. Essa ressalva é feita, pois, na maioria das vezes, o empregado faz uma postagem como forma de desabafar para seus “amigos” que estão conectados a ele pela mesma plataforma, sobre um problema do ambiente laboral, mas isso, chegando ao conhecimento do empregador, pode gerar desapontamentos que impossibilitem a continuação do vínculo empregatício, ensejando na extinção do contrato por justa causa em face do empregado.

Ademais, o empregado deve ter cuidado não só em relação às postagens, mas também no que tange às curtidas, compartilhamentos e comentários que ofendam a empresa para qual trabalha. Ainda, há de se ter cautela em relação às fotos publicadas que possam revelar informações do empregador que deviam ser mantidas em segredo ou que revelem identidade de clientes ou pacientes, sob pena de o empregado, além de ter seu contrato rescindido, responder civilmente por danos causados a terceiros. Logo, deve ser evitada toda conduta que, de certa forma, possa ser interpretada equivocadamente pelo superior do trabalhador.

É claro que a análise deve ser feita caso a caso, tendo em vista que a rescisão contratual por justo motivo é a *ultima ratio*, ou seja, medida extrema que só deve ser tomada quando, de fato, não houver mais possibilidade de continuação de vínculo entre os polos da relação de emprego, de acordo com o art. 482 da CLT. Outrossim, deve-se observar neste âmbito requisitos já abordados, trazidos nos itens 4.1.1.1, 4.1.1.2 e 4.1.1.3 deste estudo.

Por fim, cabe destacar que apesar de a liberdade de expressão ser um direito fundamental garantido pela Carta Magna, não se pode ser exercê-la de forma que ocasiona danos à empresa, lesionando sua imagem, privacidade e honra. Assim entendido, é que orienta-se máxima cautela na exposição em perfis de redes sociais.

4.2 USO DE REDES SOCIAIS COMO FORMA DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR

Em pesquisa feita pela Forbes, publicada em Junho de 2016, “o Brasil é o país com mais usuários do continente, com um total de 93,2 milhões até o final do ano. No México, são 56 milhões, seguido da Argentina, com 21,7 milhões”²⁸⁰. A pesquisa ainda revela que, até o ano de 2020, metade da população latino-americana será usuária das redes sociais.

Em capítulo anterior, já foi abordado o tema sobre o poder disciplinar do empregador. Neste item, por sua vez, cabe a análise do fenômeno das redes sociais *versus* o poder empregatício para proporcionar a despedida por justa causa em decorrência de provas advindas desses meios de comunicação.

Com o surgimento das novas tecnologias, em especial às derivadas da informática, houve uma necessidade de adaptação não só dos trabalhadores, mas de toda uma sociedade. Entretanto, fazendo uma análise dos sujeitos trabalhadores separadamente, é incontroverso que esse avanço, apesar de poder proporcionar maior produção laboral em menor lapso temporal, acaba tornando a figura do empregado vulnerável, uma vez que o empregador pode se exceder no que tange à fiscalização do seu subordinado.

Essa adequação, como citado, permitiu o aperfeiçoamento das atividades

²⁸⁰FORBES BRASIL. **Brasil é o maior usuário de redes sociais da América Latina**. Jun. 2016. Disponível em: <<http://www.forbes.com.br/fotos/2016/06/brasil-e-o-maior-usuario-de-redes-sociais-da-america-latina/>>. Acesso em: 09/05/2017.

laborativas por meio das tecnologias no mundo da computação, mas também se percebeu que a utilização dessa ferramenta não é feita apenas pelo empregado, mas também pelo empregador, que aproveita para vigiar e manipular as atividades do obreiro. Nesse contexto surge, então, a problemática que questiona se o empregador tem a possibilidade de monitorar o acesso às redes sociais pelo empregado.

Ademais, brotam diversos outros questionamentos, principalmente em relação aos direitos da personalidade dos empregados, em especial a intimidade e privacidade, que são colocados em conflito com o poder diretivo exercido pelo empregador. Não há, pois, no ordenamento jurídico brasileiro suficiente tratamento, de modo que existem divergências quanto à aplicação da legislação vigente, já que esta não tem redação específica para resolver os casos concretos de maneira eficaz.

Ainda sobre o tema, em sua entrevista, Rosarita Carion²⁸¹ relatou:

O que pode ser prova é o que a pessoa posta. O que ela “confessa”, ali no *Facebook*, que ela fez ou que ela tem intenção de fazer. Hoje, no *Facebook*, as pessoas postam tudo e qualquer coisa. É aí que mora o perigo. Postam coisas de intimidade, postam que chegam atrasadas ao trabalho, isso é prova. “Ah, eu nunca cheguei atrasada no trabalho”. Mas está lá no *Facebook* que você chegou atrasado, que você fez isso ou aquilo com seu chefe. Isso é prova. Porque é uma declaração da pessoa.

Logo, tudo aquilo que se posta em redes sociais pode ser usado contra o empregado em relação às falhas que este comete, dando oportunidade ao empregador de exercer seu poder diretivo para punir o empregado. Contudo, deve ser feita uma diferenciação entre postagens públicas e privadas, pois dependendo de como a prova é obtida, pode ser que se caracterize a invasão aos direitos da personalidade de intimidade e privacidade do empregado.

²⁸¹CARION, Rosarita. **Postagens em redes sociais podem servir de prova em ações judiciais:** entrevista. Entrevista concedida a Mauro Burlamaqui. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/125945241/entrevista-postagens-em-redes-sociais-podem-servir-de-prova-em-aco-es-judiciais>>. Acesso em: 09/05/2017

4.2.1 Postagens públicas realizadas pelo empregado x postagens privadas

No cenário atual há desafios resultantes da inserção das novas tecnologias no ambiente laboral, tendo em vista que, para suprir as novas demandas do mercado e qualificar a mão-de-obra, por meio de treinamentos e capacitações de funcionários, a sociedade empresarial implementou métodos de utilização das tecnologias de informações e comunicações. Esse acesso aos meios de informação amoliou as hipóteses de fiscalização por parte do empregador em face de seus funcionários.

Sendo assim, verifica-se o surgimento de novas obrigações que derivam da própria evolução das relações trabalhistas, que passam a coexistir em meio à revolução informacional. Conforme bem explanado por Marcelo Barroso Kümmel e Liana Silva de Araujo²⁸²:

A rede social – *Facebook* é uma estrutura social que possui diversas relações estabelecidas entres os indivíduos, conectados por diferentes razões, seja com o objetivo de compartilhar informações de ordem pessoal, valores, objetivos em comum, ou expor opiniões públicas. As postagens são feitas em tempo real, onde todos os usuários poderão ter acesso as suas postagens, ressalvada a hipótese da opção de “privacidade”, ou seja, restrição da visualização do conteúdo de suas mensagens às pessoas adicionadas ao perfil do autor. Após uma postagem ser veiculada em sua página no *Facebook*, o autor desta postagem não mais detém o poder sobre ela, tendo em vista que se torna pública e poderá ser compartilhada em tempo real por um número incalculável de usuários. Por tal razão, é importante que os usuários desta rede tenham ciência de que as opiniões, expressadas em seu perfil, podem ocasionar danos a outrem, e principalmente que as soluções adotadas a partir das estruturas tradicionais do direito do trabalho, dentre as quais o direito sancionatório – a exemplo das hipóteses de rescisão por justa causa do contrato de trabalho do art. 482 da CLT – levem em conta as transformações ocasionadas pelo avanço das novas tecnologias, e, sobretudo que respeitem os direitos constitucionais em conflito.

De modo geral, a sociedade se perdeu no que diz respeito aos conceitos de público e privado e isso é bem demonstrado no ambiente das redes sociais. Assim, afirma-se que as relações entre público e privado foram desestabilizadas pela era digital. Nesta seara, é de fundamental importância que princípios éticos imperem para a redefinição dos atos pessoais cotidianos e do ordenamento jurídico brasileiro.

²⁸² ARAUJO, Liana Silva de; KÜMMEL, Marcelo Barroso. A exposição da empresa pelo empregado nas redes sociais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3., 2015, Santa Maria. **Anais...**. Santa Maria: UFSM, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-1>>. Acesso em: 09/05/2017.

Apesar de o conceito de público e privado mudar de acordo com a sociedade ou cultura dos indivíduos, genericamente, público quer dizer algo que não pertence a ninguém e privado, seu oposto – algo que pertence ao domínio da privacidade.

É certo que a maioria das pessoas enxergam as redes sociais como um ambiente privado, afinal, elas constroem seus perfis e acham que têm o domínio sobre tudo o que é postado. Contudo, esse posicionamento está equivocado, uma vez que as redes sociais, na verdade, são um espaço público e a exposição à vida privada nesses locais faz com que o sujeito abra mão, mesmo sem saber, do seu direito à privacidade.

Para alguns usuários, as redes sociais são utilizadas como uma válvula de escape para desabafar seus problemas, assim como é feito num diário – mas aqui, é virtualmente e, outras pessoas têm acesso. Inclusive, esse acesso do público pode refletir na esfera profissional do indivíduo, acarretando em consequências não benéficas.

Por essa razão, as empresas passaram a incluir treinamentos no seu cotidiano laboral, a fim de orientar aos empregados o que seria um comentário e o que seria uma difamação, por exemplo. O primeiro consiste em um modo de fazer uma observação – é quando se expressa uma opinião sobre algum fato. Já a difamação se materializa em atribuir fatos ofensivos a alguém – no caso, à empresa – que acaba por ter sua reputação prejudicada. Apesar de garantida a liberdade de expressão, esta não tem o condão de prejudicar a imagem da organização. Neste âmbito é que as empresas vêm explicando que as redes sociais são um espaço público e observando o comportamento *online* dos funcionários.

No ano de 2009 foi criado o Marco Regulatório Civil da Internet, mas este só foi objeto de discussão e implementação em 2014. O regulamento apesar de estabelecer regras, direitos e deveres no mundo virtual, não resolve nem metade das questões que surgem cada vez mais no contexto atual, que podem ser exemplificados a partir da seguinte citação:

A relação entre a informação pública e a informação privada diz respeito à capacidade do cidadão discernir o espaço profissional do espaço pessoal. Não é porque determinado conflito o atingiu que ele tem liberdade de expor os problemas da empresa em público. A liberdade segue uma regra social traduzida num ditado “a liberdade de uma pessoa termina quando começa a liberdade de outra”; ou seja, em uma livre tradução podemos dizer que o cidadão tem liberdade para falar o que quiser desde que não atinja o outro,

sendo este outra, empresa ou pessoa. A empresa tem o direito de manter sua metodologia e seus conflitos no lado de dentro das paredes, evitando que o grande público fique sabendo das dificuldades enfrentadas²⁸³.

Extraí-se do contexto o velho ditado popular “a minha liberdade termina quando a do outro começa” e, desta forma, um indivíduo não pode exercer sua liberdade de modo a atingir o outro.

Logo, também é possível afirmar que caso um sujeito publique ofensas em sua rede social em relação a um colega ou ao seu empregador, em que pese sua postagem tenha sido feita por meio de um aparato eletrônico privado – a exemplo do celular ou computador –, sua opinião vai acabar se tornando pública, de certa forma. Por isso, não importa de que aparato eletrônico essa postagem adveio ou se foi ou não em horário de expediente. Nessa situação o que se considera é que o responsável pela opinião é o emissor, que deixou com que essa tomasse caráter público ao fazer postagem na Internet²⁸⁴.

Desta forma, pode-se se interpretar que a empresa tem liberdade para consultar as informações de redes sociais do empregado, não sendo isso considerado como um atentado à liberdade ou uma invasão à privacidade, tendo em vista que os dados disponibilizados são públicos e disponíveis para quem apresentar qualquer tipo de interesse²⁸⁵.

Mas se, ao contrário de uma rede pública, se tratar de uma rede privada? Neste sentido, Rosarita Carion²⁸⁶:

Eu acredito muito na liberdade de expressão. Esse tipo de grupo é um pouco diferente do *Facebook*, uma rede que está aberta para todo mundo. No *Whatsapp* você escolhe as pessoas, e obviamente não tem grupos extensos como tem no *Facebook*. São muito comuns os grupos criados dentro das empresas nos quais acabam acontecendo outras conversas que não sejam relacionadas à própria empresa. Eu já tive um caso assim. Uma gerente montou um grupo para conversar sobre as vendas da loja. Só que a partir do momento em que ela cria aquele grupo, as pessoas estão livres

²⁸³VERCELHESE, Juliane Figueiredo. **O público e o privado na perspectiva da comunicação nas organizações**: o comportamento dos colaboradores/cidadãos nas redes sociais. TCC (Graduação em Relações Públicas) - Curso de Relações Públicas, Ênfase em Produção Cultural da Universidade Federal do Pampa. 2015. 53f São Borja: UNIPAMPA, 2015. Disponível em: <<http://cursos.unipampa.edu.br/cursos/relacoespublicas/files/2015/04/O-p%C3%BAblico-e-o-privado-na-perspectiva-da-comunica%C3%A7%C3%A3o-nas-organiza%C3%A7%C3%B5es-o-comportamento-dos-colaboradores-cidad%C3%A3os-nas-redes-sociais.pdf>>. Acesso em: 09/05/2017.

²⁸⁴*Ibidem*.

²⁸⁵*Ibidem*.

²⁸⁶*Ibidem*.

para se expressarem. Então elas tanto vão falar de vendas, como vão fazer piadas, brincar um com o outro, vão falar mal de alguém. Isso é próprio do ser humano. Mas é um grupo fechado. Mas a empresa, de alguma forma não autorizada, teve acesso às conversas. A partir do momento em que invade esse grupo está ferindo o direito de expressão de seus empregados. Então, eu não vejo como podemos condenar as pessoas que estão no grupo.

Logo, conclui-se que a violação de privacidade vai restar configurada quando houver um acesso sem permissão por parte do empregador às conversas particulares ou às informações pessoais sobre outros assuntos. Portanto, a consulta a dados que estão expostos publicamente não caracterizam invasão.

4.2.2 A possibilidade de controle do empregador na utilização das redes sociais pelo empregado

No ambiente laboral, pode o empregador estabelecer regras sobre o acesso às redes sociais, podendo e devendo exigir de seus empregados um comportamento adequado não só no meio real, mas também no virtual. Contudo, não se pode extrapolar alguns limites. Exemplificando, o empregador pode fixar diretrizes acerca do uso de uniforme, mas não pode exigir sobre a roupa que o empregado deve estar vestido em uma foto postada no seu perfil particular²⁸⁷.

Pode o empregador exercer o seu poder empregatício, na medida em que limita, impede ou fiscaliza o acesso à Internet e às redes sociais de forma geral. Noutra face, porém, a tecnologia está à disposição e deve ser utilizada em toda a sua inteireza, constituindo-se como verdadeira ferramenta facilitadora da informação. Surge então o questionamento de como se busca o equilíbrio. Apesar de parecer complicada, a resposta para essa questão é simples. O equilíbrio pode ser alcançado através de ética, respeito e bom senso²⁸⁸.

A conduta de qualquer indivíduo deve ser a mesma, em qualquer momento e

²⁸⁷VIEIRA, Fernando Borges. **Redes sociais e o ambiente de trabalho**. 2011. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/tecnologia/redes-sociais-e-o-ambiente-de-trabalho/45303>>. Acesso em: 09/05/2017.

²⁸⁸*Ibidem*.

situação. O fato de existir um perfil em rede social, portanto, só significa que é através deste que a pessoa vai se manifestar no meio virtual com pessoas as quais ela se relaciona – ou não²⁸⁹.

Portanto, quando o empregado realiza uma ação mal vista virtualmente, esta pode ser equivalente e comparada a uma conduta realizada no mundo real²⁹⁰.

4.2.2.1 Análise da possível ofensa aos direitos da personalidade do empregado

Com a Constituição Federal de 1988 houve uma mudança no que tange ao reconhecimento dos meandros infindáveis da personalidade do trabalhador na relação empregatícia, o que acabou criando contrapontos em face do poder exercido pelo empregador. Neste diapasão, resta aos estudiosos do direito, doutrinadores e juristas, definir alternativas fundadas na interpretação conforme a CF, em harmonia com o sistema jurídico trabalhista²⁹¹.

Conforme já abordado, os direitos da personalidade estão sob o manto da proteção jurídica e são dotados de segura potência e efetividade, não só pelo fato de emanarem diretamente da Carta Magna, mas também por serem ferramentas indispensáveis para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio Estado democrático de direito, trazidos pelo Texto Máximo. Por esse motivo, há inegável contraponto em face do poder exercido pelo tomador de serviços, seja em qualquer de suas vertentes²⁹².

O poder exercido pelo empregador no ambiente laboral, conhecido por poder empregatício, é próprio ao contrato de trabalho e é através dele que a ordem jurídica disponibiliza ao empregador o poder de organização para reger o seu empreendimento, bem como a consequente prestação de serviços, tendo a

²⁸⁹VIEIRA, Fernando Borges. **Redes sociais e o ambiente de trabalho**. 2011. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/tecnologia/redes-sociais-e-o-ambiente-de-trabalho/45303>>. Acesso em: 09/05/2017.

²⁹⁰*Ibidem*

²⁹¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 778.

²⁹²*Ibidem, loc. cit.*

vantagem de aproveitar da subordinação jurídica de seus empregados. Apesar de a mesma ordem jurídica submeter os riscos da atividade empresarial, também confere ao empregador a prerrogativa de reger, estruturar, controlar, regradar e até punir no ambiente laboral²⁹³.

Entretanto, desde a sua origem, o direito trabalhista afirmou-se como grande contraponto às faculdades do poder exercido pelo empregador, através da consolidação de importante barreira para tal, construída devido às regras, princípios e institutos consolidados ao longo da história, tendo em vista que, antigamente o poder empregatício era exercido de forma até arbitrária²⁹⁴.

Surge com o advento da Carta Magna, pois, um novo obstáculo, a fim da atenuação no que diz respeito ao exercício do poder empregatício. Isso foi decorrente do indissimulável vigor do universo dos direitos da personalidade do ser humano trabalhador²⁹⁵.

Deste modo, com esse novo contraponto jurídico, remete-se ao debate sobre a harmonização da contraposição ente os direitos da personalidade do empregado *versus* poder empregatício do empregador. Essa harmonização, por sua vez, se faz por meio da atenuação, racionalização e civilização do poder empregatício, que deve se submeter aos princípios, institutos e regras constitucionais que ratificam a proteção dos direitos da personalidade para o indivíduo que participa da relação empregatícia como subordinado juridicamente. Mauricio Godinho segue afirmando²⁹⁶:

Esta racionalização e atenuação do poder empregatício, em suas diversas dimensões – diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar –, não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida pela Constituição. Apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social (art. 5º, XXII, CF/88), colocando a livre iniciativa como valor social do trabalho, como claramente quer a Constituição (art. 1º, VI, CF/88).

No contexto atual, pode-se afirmar que há um debate sobre os efeitos que a Internet e, conseqüentemente, as redes sociais vêm proporcionando para o meio ambiente laboral e na sociedade, de modo geral, pois houve uma relevante expansão das

²⁹³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 778

²⁹⁴*Ibidem, loc. cit.*

²⁹⁵*Ibidem, p. 779*

²⁹⁶DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 779.

tecnologias em suas variadas vertentes, seja de informação, entretenimento ou comunicação²⁹⁷.

Sendo assim, o que se discute muito hoje em dia é sobre o direito da privacidade, uma vez que, como já afirmado anteriormente, o direito não consegue acompanhar o fenômeno trazido pela globalização de forma satisfatória, a ponto de preencher todas as lacunas inerentes ao assunto que refletem na seara trabalhista.

Em que pese haja o mesmo grau de relevância jurídica aos direitos da personalidade no âmbito da intimidade e privacidade, estes não são sinônimos, até mesmo porque se o fossem, não haveria a referência a dois termos distintos. Inclusive, a diferenciação já foi feita no capítulo anterior deste estudo.

Isto posto, lançadas as bases teóricas acerca do direito à privacidade e intimidade, bem como as suas notas distintivas, passa-se ao estudo dos limites ao poder de fiscalização por parte do empregador.

4.2.2.2 Limites de atuação do controle do empregador

A presente abordagem se torna necessária, pois, cada vez mais, surgem casos em que o poder de controle é exercido fora da esfera laboral. Isso acontece, principalmente quando há a fiscalização dos empregados por meio das redes sociais.

Todos os autores consultados²⁹⁸, quando tratam da questão de violação de intimidade e privacidade, se referem de maneira recorrente ao controle de *e-mails* e às revistas íntimas. Contudo, embora o *e-mail* esteja no contexto genérico das redes sociais, o interesse deste estudo monográfico converge para as violações daquelas redes sociais que utilizam postagens e que não se restringem a endereçamento para determinados grupos ou pessoas, mas na maioria das vezes, são publicizadas e se colocam acessíveis de maneira mais ampla.

²⁹⁷SILVA, Guilherme Augusto Pinto. **O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador**: o caso da inviolabilidade do correio eletrônico. 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/guilherme_silva.pdf> Acesso em: 12/04/2017.

²⁹⁸DELGADO, Mauricio Godinho; MARTINEZ, Luciano; GARCIA, Gustavo Pinto Barbosa; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS, Sérgio Pinto.

Note-se que uma coisa é a possibilidade do exercício de rastreamento dos *e-mails* corporativos, os quais, em tese, devem ser utilizados apenas para os fins laborais. Outra coisa muito distinta é o monitoramento das redes de relacionamentos sociais dos seus trabalhadores nos espaços e momentos fora do ambiente organizacional.

Levando em conta que a má utilização das redes sociais pode ocasionar danos à imagem e honra das pessoas, dentre elas as jurídicas, é preciso compreender se é admissível que o empregador venha a exercer seu poder de controle e de direção em face dos empregados fora do ambiente de trabalho ou se essa hipótese consiste afronta à intimidade e privacidade das pessoas humanas²⁹⁹.

As redes sociais devem ser utilizadas pelo empregado com bom senso, pois, mesmo se tratando de um ambiente virtual, pode haver consequências no mundo real.

O debate sobre os limites do exercício do poder de controle do empregador em face ao que se extrai de redes sociais como matéria probatória resta, ainda, sem resposta definitiva, uma vez que o caso concreto deve ser analisado para que seja feita a devida ponderação de interesses dos sujeitos da relação de emprego.

4.3 AS POSTAGENS EM REDES SOCIAIS COMO FUNDAMENTO PARA MOTIVAÇÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO: UMA ANÁLISE DO ART. 482 DA CLT

É incontestável que a sociedade hodierna vivencia um momento em que o compartilhamento de informações é feito de forma muito acentuada por conta das redes sociais. A publicação realizada pelo indivíduo, seja qual for sua modalidade – fotos, comentários, entre outros –, tem o poder de se espalhar rapidamente em instantes, o que pode acarretar na perda de controle da dimensão que essa publicação terá em face dos outros usuários.

²⁹⁹ SILVA, Aline Lesssa e. **Controle Extralaboral do Empregador Advindo de Informações Obtidas nas Redes Sociais do Emprego: (Im)possibilidade de Justa Causa**. Monografia (Graduação) – Curso de Graduação em Direito. 104 f. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 76. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Aline%20Lessa%20Silva.pdf>>. Acesso em: 12/05/2017.

Na maioria das vezes, quem se utiliza dessas plataformas de comunicação não faz ideia das consequências que uma simples postagem pode causar. Às vezes até o que é exposto em grupos restritos acaba por se espalhar para um ambiente maior e, desta forma, gera resultados desfavoráveis para o sujeito que deve subordinação jurídica a outro.

Deste modo, o cerne central do debate proposto neste estudo é se pode o empregador se utilizar de uma postagem feita, ou até mesmo vinculada ao empregado, a fim da punição deste, em que pese o ato tenha sido exercido fora do ambiente de trabalho.

A jurisprudência trabalhista brasileira responde a essa questão de modo afirmativo. A depender da gravidade da conduta, se esta estiver caracterizada numa das hipóteses expressamente previstas, pode o empregador se valer do seu poder empregatício a fim de dispensar o empregado por justo motivo. O exemplo mais comum que se encontra atualmente é o caso de empregado que curte ou compartilha conteúdo crítico em relação ao empregador, pois se entende pela caracterização do disposto na alínea “j” do art. 482 da CLT.

Por isso, é essencial que o empregado tome o maior cuidado quando for utilizar as redes sociais. Há de ser feita uma constante vigilância para se evitar o erro da prática de conduta que desagrade o tomador de serviços e que dê ensejo a qualquer tipo de punição, incluindo, principalmente a pior delas, que é a justa causa.

Inclusive, atualmente as leis trabalhistas já regulam sobre a possibilidade de as empresas determinarem condutas e posturas em relação ao uso das redes sociais por meio do próprio contrato de trabalho ou do manual interno. Algumas empresas ainda têm cartilhas e manuais de redação, orientando os empregados a respeito da linguagem apropriada e inapropriada³⁰⁰.

Neste diapasão, como bem explora a advogada da K LAW Advocacia Especializada Karina Kawabe³⁰¹ algumas condutas são recomendadas aos colaboradores a fim de

³⁰⁰FRANZESE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **As redes sociais e a justa causa para rescisão do contrato de trabalho.** 2017. Disponível em: <<http://blogs.tribuna.com.br/direitodotrabalho/2017/01/as-redes-sociais-e-a-justa-causa-para-rescisao-do-contrato-de-trabalho/>>. Acesso em: 09/05/2017.

³⁰¹BALDO, Cáren Cecília. **Post e até curtida podem determinar demissão por justa causa.** 2015. Disponível em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2015/07/post-e-ate-curtida->

se evitar maiores frustrações, quais sejam:

Evitar o uso e interação nas redes sociais no ambiente de trabalho e no curso da jornada (curtidas ou posts são prova de que o empregado não estava dedicado às suas atividades profissionais); não misturar a vida pessoal com a profissional nas redes sociais (não raro, empregados que estão a trabalho postam fotos como se estivessem se divertindo); interagir nas redes sociais sempre com bom senso; evitar grandes exposições em redes sociais (isso pode prejudicar o trabalhador na conquista de um novo emprego ou manchar sua reputação e imagem perante seus chefes e colegas de trabalho); nunca usar as redes sociais para mandar recados a superiores hierárquicos ou colegas de trabalho, seja de forma subliminar, muito menos diretamente; nunca fazer comentários ruins/pejorativos ou críticas em tom de desabafo contra sua empresa nas redes sociais; ter cautela nos *likes* das redes sociais, especialmente àqueles que são feitos contra sua empresa, chefe ou superior; não manifestar excitação ou alegria quando alguém critica a sua empresa, chefe ou superior.

4.3.1 Ato de improbidade

Etimologicamente, o significado de probidade se revela como “integridade de caráter, retidão³⁰²”. Logo, improbidade seria justamente o conceito oposto, mas isso não é unânime para a doutrina trabalhista.

De acordo com Domingos Sávio Zainaghi³⁰³, acerca do estudo da improbidade aparecem duas vertentes, a saber: subjetivista, que leva em conta a intenção do empregado como elemento essencial a ser considerado e a objetivista, regulando que para que ocorra a justa causa, é necessário haver dano a patrimônio.

A maioria da doutrina adota a teoria subjetiva e, de acordo com esta, o ato de improbidade se materializa quando há a antítese do exercício de virtuosos, honestos e bons costumes, revelando a “qualidade de quem age dolosamente de modo indigno, desonrado, desalinhado, ferindo o dever de lealdade e de correção de comportamento”³⁰⁴.

A teoria objetiva, por sua vez, entende que somente há improbidade quando os atos

podem-determinar-demissao-por-justa-causa-4800856.html>. Acesso em: 09/05/2017.

³⁰²PROBIDADE. In: MINIDICIONÁRIO da Língua Portuguesa.. São Paulo: Melhoramentos, 1997. p. 414

³⁰³ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995, p. 58.

³⁰⁴MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 616.

praticados pelo empregador são contra o patrimônio, seja este da empresa o de terceiros.

Frente à nova realidade vivenciada pelas redes sociais, o ato de improbidade pode se revelar na hipótese de o empregado faltar ao trabalho e justificar sua ausência em decorrência de doença. Contudo, ao revés do que foi dito, o empregado posta fotos em rede social em momento de lazer, denunciando sua mentira ao empregador. Foi o que aconteceu no seguinte caso concreto:

8ª TURMA RECURSO ORDINÁRIO - IMPROBIDADE. Restando comprovada a conduta irregular da empregada que afastada do trabalho por doença, posta nas redes sociais sua participação em eventos festivos, bem como apresenta atestado médico falso, correta a dispensa por justa causa³⁰⁵.

Na decisão acima, observa-se o caso de uma empregada que exercia a função de telemarketing na empresa e foi dispensada por justa causa prevista no art. 482, a, pelo fato de ter apresentado atestado médico e, nos dias referentes, fez postagens no *Facebook* relativas a eventos festivos dos quais estaria fazendo parte, além de ter feito chacota com o nome do supervisor da empresa.

Em contestação, a empresa alegou que o atestado médico apresentado pela empregada era falso e conseguiu comprovar por meio de informação obtida pela Secretaria Municipal de Saúde de Belford.

O Juízo de origem ainda observou que “ao postar comentários em sua página, nas redes sociais, a autora tinha plena ciência de sua publicidade, razão pela qual tem-se por válida a prova produzida pela ré”. Manteve, portanto, a despedida por justa causa, entendendo comprovados os motivos ensejadores do fato.

No caso, então, houve uma ponderação entre os direitos de privacidade e intimidade frente à prova obtida por meio da rede social *versus* os deveres decorrentes do contrato empregatício.

³⁰⁵BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1. Região). Recurso Ordinário nº 00000217220125010043. Oitava Turma. Relator: Desembargadora Edith Maria Correa Tourinho. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 04 fev. 2013. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24892028/recurso-ordinario-ro-217220125010043-rj-trt-1>>. Acesso em: 09/05/2017.

4.3.2 Incontinência de conduta e mau procedimento

A incontinência diz respeito às situações em que o empregado que leva vida irregular deixa esta influenciar direta ou indiretamente no ambiente de trabalho, o que pode acarretar no ferimento da sua imagem funcional ou da empresa a que está vinculado. É, portanto, aquele comportamento exercido de forma habitual e incompatível com a sua condição como empregado da empresa. Mesmo que, a princípio, o empregador não possa e nem deva interferir na vida pessoal do empregado, esta também não pode influenciar na relação empregatícia. Desta forma, serão relevantes para o empregador os aspectos da vida privada do empregado que refletirem negativamente no ambiente laboral e, por esse motivo, tem que restar comprovado o nexo causal entre a conduta social do obreiro e seu emprego³⁰⁶.

Essa motivação ensejadora da justa causa tem sido associada à prática de atos imorais pela jurisprudência, como pode se verificar a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO. 1. RUPTURA CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. A graduação da pena é uma das atribuições do empregador que deve ser realizada com prudência e ponderação. A justa causa provoca consequências terríveis na vida profissional do trabalhador, devendo, por isso, ser cabalmente comprovada, ônus do qual se desincumbiu a Ré. 2. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA [...]³⁰⁷.

No caso em comento, a reclamante, que laborava no setor de Call Center (CST) na função de operadora de atendimento, foi dispensada por justa causa com fulcro nas alíneas “b” e “e” do art. 482 da CLT, pois, de acordo com a reclamada, a autora possuía um álbum no *Facebook* com o seguinte título: “Só lazer na CST”.

No álbum constava fotos da autora e outros funcionários praticando atividades alheias ao contrato empregatício e, ainda, foi confirmado por testemunha indicada pela reclamada, que tudo foi realizado em horário de serviço e não em intervalo.

³⁰⁶CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 1122

³⁰⁷BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1 Região). Recurso Ordinário n. 0001632-39.2012.5.01.0050. Primeira Turma, Relator: Desembargador Mario Sergio Medeiros Pinheiro. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 30 maio 2014. Disponível em: <<https://trt1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121619371/recurso-ordinario-ro-16323920125010050-rj/inteiro-teor-121619468>>. Acesso em: 06/05/2017.

Entendeu-se que a falta grave restou robustamente comprovada pela prova produzida, assim como o requisito da imediatidade da aplicação da sanção foi atendido. O juiz de primeiro grau, bem como o Tribunal – que não modificou a sentença – entenderam estar a justa causa devidamente aplicada.

Aqui houve uma ponderação entre a privacidade da empregada e as provas retiradas da rede social, que tinham o condão de comprovar os atos praticados pela empregada que eram incompatíveis com o contrato. Ainda, algumas publicações tinham conteúdo público e, assim, qualquer pessoa poderia utilizar-se das mesmas como prova para justificar a despedida, tendo em vista que a empregada não estava focada em seu labor.

Por outro lado, mesmo dispostos na mesma alínea, incontinência e mau procedimento não são sinônimos. Mau procedimento consiste nas hipóteses em que não podem ser enquadradas nas demais alíneas do art. 482, tendo caráter, de certa forma, residual, definida pela quebra de regras sociais de boa conduta, quando o empregado age irregularmente, não sendo aqui exigida a habitualidade para ensejar na justa causa³⁰⁸, como se pode ver na jurisprudência abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. MAU PROCEDIMENTO. JUSTO MOTIVO PARA O DESPEDITAMENTO. Atendendo ao disposto na Lei 11.350/06, o Município reclamado justificou a despedida da reclamante - agente comunitário de saúde - aduzindo caracterizada a hipótese de mau procedimento. Considerando que a reclamante não nega postagem no facebook que teria ofendido sua superior hierárquica, limitando-se a negar a gravidade do fato, impõe-se manter a sentença de improcedência proferida pelo Juízo de primeiro grau³⁰⁹.

Na situação sob análise, a reclamante alegou que a justa causa teria sido arbitrária e abusiva, atacando a decisão administrativa devido à falta de oportunidade para defesa e a ausência de indicação da tipificação da justa causa.

Contudo, a autora tinha plena consciência sobre as razões que deram causa ao seu desligamento, não se sustentando a tese de que não houve razões fáticas ou

³⁰⁸CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 1124.

³⁰⁹BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário n. 0000356-84.2013.5.04.0201. Oitava Turma, Relator: Desembargador Juraci Galvão Junior. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, 20 maio 2014, n. 1476, p.17. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129130731/recurso-ordinario-ro-3568420135040201-rs-0000356-8420135040201>>. Acesso em: 06/05/2017.

jurídicas e que não houve apuração em procedimento administrativo.

O motivo indicado como mau procedimento para dispensa por justo motivo foi a postagem no *Facebook* de um comentário da reclamante que, na oportunidade, se referiu a sua superior hierárquica como “vaca”.

O Tribunal negou provimento ao recurso interposto pela reclamante, suscitando que o fato discorrido nos autos, não negado pela autora, impossibilitou a convivência entre as partes, o que justifica a despedida.

Entende-se no caso em comento que a ponderação feita pelo magistrado foi a de interesses em face da liberdade de expressão da funcionária e seu dever contratual, que traz acessoriamente o dever de respeito, por exemplo – o que não foi observado por ela ao postar comentários ofensivos em rede social.

4.3.2 Negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado ou for prejudicial ao serviço

Como bem expõe o título deste tópico, para que seja configurada essa causa ensejadora de dispensa por justo motivo, é preciso que o empregado tenha praticado a negociação habitual por conta própria prejudicial ao serviço ou a negociação habitual por conta alheia prejudicial ao serviço ou, ainda, a negociação concorrente.

Com a aplicação mais ampla do que se entende por negociação, que pode ser relativa a qualquer atividade e não somente às práticas de comércio, nota-se que o intuito desse dispositivo é coibir qualquer atividade que venha a ser praticada pelo empregado que prejudique seu serviço ou que seja concorrente em face de seu empregador³¹⁰.

Cabe aqui analisar as duas hipóteses de negociação.

O primeiro tipo jurídico diz respeito à concorrência desleal do empregado em relação

³¹⁰ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995, p. 72.

a seu superior, de modo que, para que seja configurada a deslealdade é preciso que haja afrontamento expresse do contrato ou agressão ao pacto entre as partes³¹¹.

Já o segundo tipo jurídico trata da negociação habitual como ato que prejudica o serviço e é vista como falta grave que pode conturbar o meio ambiente laboral através de atos extracontratuais³¹².

JUSTA CAUSA. A justa causa, como pena máxima, que autoriza a rescisão do contrato de trabalho sem ônus para o empregador, há de ser cabalmente provada, de modo a deixar indubitado o ato ilícito do empregado, de violação de alguma obrigação legal ou contratual. Dos elementos de convicção coligidos aos autos, torna-se possível o acolhimento da tese patronal. Resta evidenciado, de forma clara e cristalina, que a obreira incidiu em violação de obrigações contratuais e legais, importando em quebra de fé pública, justificadora da rescisão contratual³¹³.

O presente caso trata de despedida por justa causa devido à configuração da hipótese disposta na alínea “c” do art. 482 da CLT, uma vez que, houve a caracterização de negociação habitual.

Foi proposta a ação pela reclamante contra o reclamado, sob a alegação que a falta grave não havia sido comprovada, bem como o pedido de pagamento de danos morais pelo fato da exposição da vida pessoal da autora para os demais funcionários.

Entretanto, a empresa sustentou que a empregada fazia divulgações de informações sigilosas, e também prestava consultoria particular para seus clientes. Neste ponto, a parte autora declarou que seu ex-companheiro havia invadido o seu *Facebook*, enviando mensagens pessoais para e-mail da matriz da empresa, fato que foi confirmado pela mesma.

Diante disso, a sentença em nada foi modificada pelo tribunal, pois se entendeu que a empregada usou recursos da empresa para atender objetivos particulares, prejudicando a empresa.

³¹¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1331/1332.

³¹²MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 621.

³¹³BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20150418080 (Recurso Ordinário n. 00011853820145020055). Décima Segunda Turma, Relator: Desembargador Marcelo Freire Gonçalves. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 22 maio 2015, n. 3047, p. 249. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201966836/recurso-ordinario-ro-11853820145020055-sp-00011853820145020055-a28/inteiro-teor-201966848>>. Acesso em: 06/05/2017.

Resta pontuar que as testemunhas da reclamada foram unânimes em corroborar a tese da justa causa com fulcro no art. 482, “c”, da CLT, enquanto que as testemunhas trazidas pela reclamante nada souberam informar a respeito, deduzindo o julgado que a parte autora se desincumbiu do seu ônus probatório, o que acabou por confirmar a justa causa aplicada pelo empregador.

Portanto, houve, no caso em tela, a ponderação entre a violação dos deveres decorrentes do contrato estabelecido entre as partes e o direito de intimidade da funcionária, tendo em vista que a empresa teve acesso ao *e-mail* da empregada.

Insta salientar que, o posicionamento adotado no julgamento foi correto, uma vez que não houve nenhuma violação ao direito da personalidade, pois a empresa só teve acesso às mensagens por tê-las recebido pela própria reclamante.

4.3.4 Condenação criminal do empregado passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena

Essa hipótese, por sua vez, diz respeito às situações em que o empregado tem contra ele sentença penal condenatória transitada em julgado, e, portanto, pode ser dispensado pelo empregador sem maiores ônus pela justa causa. A justificativa aqui é que, uma vez que o empregado está preso, ele não tem como cumprir suas obrigações contratuais estabelecidas no vínculo empregatício, ou seja, não tem como colaborar profissionalmente³¹⁴.

Logo, nos casos em que o obreiro for condenado por pena privativa de liberdade, como há a impossibilidade de exercer seu trabalho, o contrato é extinguido por justa causa³¹⁵.

Portanto, para que isso se materialize, são necessários três requisitos, quais sejam: condenação criminal; que haja transitado em julgado; que inexista suspensão condicional da pena. É essencial que haja a impossibilidade física do empregado para continuar laborando. Nesta senda, não é necessário que o empregador

³¹⁴ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995, p. 76.

³¹⁵*Ibidem*, p. 78.

aguarde o prazo de 30 (trinta) dias para aplicar o abandono de emprego, ficando sujeito somente ao trânsito em julgado da decisão que contenha pena privativa de liberdade não superior a dois anos e sem *sursis*³¹⁶.

Apesar de não ter sido encontrada nenhuma jurisprudência nesse sentido que se encaixe no tema abordado por este estudo, fazendo um paralelo, pode acontecer uma situação em que o empregador, tendo acesso ao conteúdo exposto nas redes sociais do empregado, obtém através delas a informação da condenação penal transitada em julgado.

4.3.5 Desídia no desempenho das funções

Neste tópico, importa abordar o dever de diligência que tem o empregado em face do vínculo empregatício. Semanticamente, desídia seria “preguiça, indolência, desleixo”³¹⁷.

A desídia também pode ser demonstrada no conjunto de pequenas faltas que ocorrem sucessivamente. Verifica-se, portanto, na vertente objetiva, que consiste no cumprimento do dever de diligência e subjetiva, exposta pela culpa ou dolo.

Quando há propagação de informações nas redes sociais que maculam a imagem empresarial, a desídia ou o mau comportamento do funcionário podem restar caracterizados. Vê-se, pois:

JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DA INTERNET. CONFIGURAÇÃO. Hoje em dia, o acesso à internet é uma realidade disponível para a grande maioria das pessoas que, através dela, têm a possibilidade de se conectar com o mundo, tanto no âmbito familiar quanto no profissional. Na esfera trabalhista, a internet vem sendo largamente utilizada, podendo representar um genuíno instrumento de trabalho, mas o seu uso indevido por parte dos empregados tem ocasionado discussões, principalmente porque não há ainda uma legislação específica regulando a matéria. Como medida patronal preventiva, o que se tem observado hoje é a fiscalização, a restrição ou até mesmo o bloqueio total de acesso à internet para fins particulares durante o período de trabalho, o que é perfeitamente cabível dentro do poder diretivo e regulamentar do empregador. Porém, a monitoração do uso da internet no ambiente organizacional tem se tornado cada vez mais difícil, pois a tecnologia da telefonia móvel, por exemplo, acaba rompendo a barreira eventualmente imposta pelo empregador. Nos casos em que restar provado que a empresa proibia a navegação na

³¹⁶CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 1131.

³¹⁷MINI AURÉLIO. 6. ed. São Paulo: Editora Positivo, 2004, p.306.

internet durante o horário de trabalho e o empregado desafiava os limites impostos para acessá-la habitualmente por meio de seu celular pessoal, é inegável a ocorrência de justa causa para a dispensa, ficando evidente a prática de desídia e mau procedimento. Se além disso ficar demonstrado que, através da internet, o trabalhador ofendia colegas de trabalho, clientes da empresa ou a própria organização, é possível ainda enquadrá-lo nas situações previstas pelas alíneas j e k do art. 482 da CLT. É que todo empregado deve saber que está inserido no contexto da empresa, de modo que seu comportamento inadequado pode causar sérios danos ao estabelecimento, e o que é postado através da conexão universal da internet pode afetar a segurança, a produtividade e até mesmo a reputação de uma organização consolidada. Portanto, o trabalhador tem que se portar nas redes sociais com o mesmo zelo sob o qual se mantém no ambiente de trabalho, pois no mundo virtual o meio é diverso, mas as ações e consequências são as mesmas do mundo real. A má ação do empregado no âmbito virtual equivale àquela adotada no mundo tangível, afinal, seu perfil, seja ele real ou eletrônico, é único. Recurso a que se nega provimento no aspecto³¹⁸.

Inconformada por ter seu vínculo empregatício extinto em razão de justa causa motivada por desídia, a funcionária propôs a presente ação, a fim de reverter a medida aplicada. A reclamada, por sua vez, alegou que a autora se utilizava de seus meios de comunicação, como o telefone e computador, com a finalidade de conversar com suas amigas e, além disso, fazia comentários pejorativos sobre clientes da empresa e suas colegas de trabalho, o que causava constrangimento.

Apesar de a reclamada proibir o acesso à Internet durante o expediente, as páginas dos perfis pessoais da reclamante no *Facebook* e no *Twitter* demonstram postagens realizadas no horário de trabalho. Deste modo, restou inegável que a reclamante desafiou a proibição patronal, desvirtuando parte do seu tempo de trabalho para fazer postagens nas redes sociais, justamente como alegou a reclamada no comunicado de dispensa.

Neste diapasão, com fulcro nas provas documentais, orais e digitais juntadas pela reclamada, decidiu o juiz pela manutenção da justa causa aplicada, uma vez que entendeu que as declarações da autora tornavam o ambiente de trabalho hostil. Ainda entendeu que as ofensas perpetradas pela funcionária não se encaixava em apenas uma hipótese, mas sim em três, dispostas nas alíneas “b”, “j” e “k” do art.

³¹⁸BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário n. 0001843-84.2012.5.15.0018. Terceira Turma, Relator: Desembargador Lorival Ferreira dos Santos. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Campinas, 13 jun.2013, n 1245, p. 250. Disponível em: <<https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24591791/recurso-ordinario-ro-18438420125150018-sp-047374-2013-patr-trt-15/inteiro-teor-112082888>>. Acesso em: 06/06/2017.

482 da CLT.

É que, pode-se extrair dos autos que, além da desobediência ao acessar a Internet em expediente, quando o fazia, a reclamante fazia publicações para reclamar do seu trabalho, ironizando clientes da empresa e fazendo comentários maldosos a respeito das demais empregadas.

4.3.6 Embriaguez habitual ou em serviço

Aqui, há de se fazer uma diferenciação entre embriaguez habitual e embriaguez em serviço, visto que são institutos diferentes. A embriaguez habitual se caracteriza naquele empregado que se embriaga fora do ambiente laboral. Já a embriaguez em serviço é aquela que, para se materializar, basta ocorrer uma única vez. Em outras palavras, segundo Vólia Bomfim, “o primeiro tipo se caracteriza pela habitualidade e é fora do serviço, enquanto o segundo tipo é em serviço e uma vez basta para configurá-lo.”³¹⁹

Essa diferenciação entre as modalidades de embriaguez é importante porque, a depender, a norma não será a mesma aplicada nos casos concretos.

Entretanto, conforme disciplina Luciano Martinez³²⁰, a embriaguez habitual vem sendo excluída das hipóteses ensejadoras da justa causa, uma vez que ela revela dependência química, requerendo tratamento médico.

Domingos Sávio Zaghani³²¹, por sua vez, analisa que nesse tipo trazido pelo legislador, qualquer uso de droga se enquadra, bastando ter a capacidade de levar a pessoa a um estado de embriaguez, o que causa a ruptura de confiança do empregador em face do empregado, além de causar um risco potencial para a empresa, já que com a utilização de drogas, o discernimento resta prejudicado.

Em que pese não tenha sido encontrada qualquer jurisprudência nessa linha, pode-

³¹⁹CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 1138.

³²⁰MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 622

³²¹ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995, p. 92.

se imaginar uma situação em que o empregador descobre a embriaguez habitual do empregado devido às fotos ou aos comentários que tratem do assunto e estejam expostos nas redes sociais.

4.3.7 Violação de segredo de empresa

O verbo violar, por sua vez, significa “infringir, transgredir”³²². Ainda, de acordo com Domingos Sávio Zainaghi, segredo quer dizer “fato ou circunstância mantida oculta”³²³. Nesses moldes, esse tipo visa “resguardar informações confidenciais do empreendimento a que se vincula o obreiro, cuja divulgação a terceiros, especialmente empresas concorrentes, pode causar significativo prejuízo ao empregador”³²⁴.

Assim, nas palavras de Gustavo Filipe Garcia “a justa causa referente à violação de segredo da empresa indica devassa abusiva praticada pelo empregado sobre os dados e fórmulas sigilosas da empresa, sua atividade ou seus negócios.”³²⁵

Neste sentido, o colaborador deve manter segredo em relação aos detalhes que rondam a atividade do empregador, pautando-se no ditado popular que preconiza ser o segredo a alma do negócio.

Há dois tipos de segredo, quais sejam: os de indústria e os comerciais, que concernem à situação financeira empresarial. Caso o segredo seja violado, juntamente com ele são corrompidos certos deveres, como, por exemplo, o dever de colaboração e fidelidade, que são pilares que sustentam a relação empregatícia.

Não foi encontrada nenhuma jurisprudência que se encaixasse no tema abordado neste estudo, mas a situação poderia ser verificada na hipótese de um empregado divulgar o segredo da empresa por via das redes sociais, tendo o empregador acesso a esse conteúdo.

³²²MINIDICIONÁRIO da Língua Portuguesa.. São Paulo: Melhoramentos, 1997. p. 541

³²³*Ibidem*, p. 470.

³²⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1334.

³²⁵GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso do Direito do Trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 687.

Haverá a ponderação de interesses no que tange à intimidade e privacidade do indivíduo caso o empregador tenha acesso a uma conversa privada do empregado, mas nesse contexto não cabe falar sobre liberdade de expressão.

4.3.8 Ato de indisciplina ou insubordinação

Aqui, mais uma vez, o ordenamento celetista se utiliza de uma única alínea para tratar de duas hipóteses de justa causa, apesar de essas serem bastante semelhantes. Domingos Zainaghi³²⁶, entende ser a indisciplina gênero, tendo como espécie a insubordinação. Logo, uma conduta insubordinada sempre será também indisciplinada.

A indisciplina consiste nas atitudes tomadas pelo empregado que acabam por ferir as normas empresariais, que estão constantes no regulamento da empresa. Já a insubordinação se manifesta quando o empregado “se recusa a obedecer às ordens emanadas diretamente do empregador ou de empregados por este designados a dar ordens e orientações”³²⁷.

Da justa causa. *In casu*, as faltas graves cometidas pela reclamante restaram comprovadas, à saciedade, por meio dos *prints* da página da rede social *Facebook*, cujos conteúdos foram registrados no 5º Tabelionato de Notas de Santo André e reconhecidos como autênticos pela reclamante em audiência, de modo a confirmar a tese da reclamada. Não bastasse relatar agressividade em relação ao seu superior hierárquico (encarregado), a reclamante também publicou comentários ofensivos à pessoa do sócio da reclamada, o que configura as condutas previstas nas alíneas h e k do 482 da CLT. Importante registrar que os comentários feitos pela reclamante eram veiculados em rede social de acesso público, tanto que a ré tomou conhecimento deles através de seu cliente, fato este não impugnado pela autora. Valendo-se, ainda, de sua página na rede social *Facebook*, a reclamante alardeava a sua intenção de apresentar atestados para justificar as faltas ao trabalho, o que caracteriza a conduta da alínea b do dispositivo acima citado. Em nada altera tal conclusão a alegação de que a reclamante não teria ciência do ato faltoso que ensejou a dispensa por justa causa, máxime diante do “aviso prévio do empregador”, cuja assinatura se recusou a autora a apor, que elenca as alíneas b, h e k do art. 482 da CLT e do conteúdo dos comentários da autora na rede social. Nego provimento. Da reconvenção - dano moral. Verifica-se que a autora ofendeu a honra objetiva da reclamada ao publicar na rede social *Facebook* que esta estava

³²⁶ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995, p. 106.

³²⁷*Ibidem*, loc. cit.

quase falindo, não se podendo olvidar que, conforme narrado pela ré, tomou conhecimento dos comentários da autora através de sua cliente, circunstância que corrobora a alegação da reclamada de que teve a sua imagem e boa fama violadas. Destarte, mantenho a r. sentença, ainda que por diverso fundamento³²⁸.

No presente processo as faltas cometidas pela empregada foram devidamente comprovadas, uma vez que ela era agressiva com seu superior hierárquico e, além disso, fez publicação na rede social do *Facebook* com conteúdo ofensivo em relação ao sócio da empresa.

Portanto, houve novamente a ponderação de interesses em relação à liberdade de expressão da reclamante *versus* a violação de deveres estabelecidos no contrato.

A decisão foi em benefício da reclamada, prevalecendo o argumento da violação da sua boa fama e imagem em decorrência da manifestação da empregada no *Facebook*.

4.3.9 Abandono de emprego

Conforme disciplina Luciano Martinez, “o abandono de emprego é um ato de despojamento, de renúncia, revelado por comportamentos que claramente demonstrem o desinteresse em manter a posse sobre bem, pessoa, lugar ou situação”³²⁹.

Logo, para que haja a caracterização desta figura é necessária a presença de dois elementos, quais sejam: “o objetivo, consistente no real afastamento do serviço; e o subjetivo, consistente na intenção, ainda que implícita, de romper o vínculo”³³⁰.

Consiste o abandono de emprego na situação mais recorrente de justa causa. Para

³²⁸BRASIL Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20140719010 (Recurso Ordinário n. 0002680782013502043). Décima Turma, Relator: Marta Casadei Momezzo. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 28 ago. 2014, n. 2882, p. 154. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145935077/recurso-ordinario-em-rito-sumarissimo-ro-26807820135020435-sp-00026807820135020435-a28>>. Acesso em: 06/05/2017

³²⁹MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 625

³³⁰DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1336

que a dispensa seja efetuada, é preciso que o empregado se ausente do serviço pelo prazo de 30 dias corridos, prazo este fixado pela Súmula nº 32³³¹ do TST: “Justa causa. Abandono de emprego. Não retorno no prazo de 30 dias após a cessação do benefício previdenciário. Caracterização. CLT, art. 482, «i»”.

Cabe ao empregador o ônus da prova, assim como nas demais hipóteses.

JUSTA CAUSA. ABANDONO DE EMPREGO. GESTANTE. O estado gravídico da empregada, por si só, não a exime de cumprir com a sua obrigação principal perante o empregador, qual seja, a prestação do serviço. Assim, ainda que o princípio da continuidade da relação de emprego gere presunção favorável à trabalhadora, não havendo qualquer comprovação de que obstado pela reclamada o acesso às atividades laborais, tampouco qualquer justificativa às ausências ao serviço, configurado está o abandono de emprego e, por consequência, a justa causa³³². (TRT-4 - RO: 00007569020125040021 RS 0000756-90.2012.5.04.0021, Relator: MARCOS FAGUNDES SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/06/2014, 21ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

No caso em tela, a reclamante alega não ter a reclamada provado o *animus abandonandi*.

A reclamada, por sua vez, relata que mesmo depois de findado o período de férias, a autora não mais retornou para trabalhar, fato este que culminou na justa causa para a rescisão contratual, em razão do abandono de emprego.

Na hipótese dos autos, restou incontroverso o elemento objetivo, já que a ausência da autora na prestação de serviços superou os 30 dias fixados.

O elemento subjetivo, por sua vez, foi demonstrado por meio de publicação feita pela reclamante no *Facebook*, que dizia: “Trabalho é para ser rentável e prazeroso, se não é rentável, mas pelo menos dá prazer em fazê-lo, OK. Mas se não é nem rentável e nem prazeroso, caí fora, existem muitos lugares bem melhores para trabalhar...” (sic.).

Assim, entendeu-se pela manutenção da justa causa, já que não houve o retorno ao serviço em 30 dias e restou configurado o elemento subjetivo.

³³¹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 32**. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=32#topo>>. Acesso em: 09/05/2017.

³³²BRASIL.Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário n. 0000756-90.2012.5.04.0021. Terceira Turma. Relator: Juiz convocado Marcos Fagundes Salomão.. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, 17 jun. 2014, n. 1496, p.88. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129106397/recurso-ordinario-ro-7569020125040021-rs-0000756-9020125040021/inteiro-teor-129106402>>. Acesso em: 06/05/2017.

4.3.10 Ato lesivo da honra e boa fama

Segundo Maurício Godinho³³³, “o tipo jurídico ora examinado trata da injúria, calúnia ou difamação, a par da agressão física, praticadas contra colegas ou terceiros, no âmbito do estabelecimento empresarial”. Portanto, são encaixadas também as ofensas físicas, não só as morais.

Uma vez ocorrendo prática de ato lesivo da imagem ou da boa fama contra o empregador, há a extinção da confiança necessária à manutenção do contrato empregatício, o que resulta na autorização da rescisão da avença por justa causa.

Desta forma, o obreiro que publica em sua rede social ofensas ao seu superior hierárquico, pratica ato lesivo à honra e a boa fama do empregador.

Justa Causa. Caracterização. Publicação de ofensas contra empregador nas redes sociais caracteriza ato lesivo à honra e boa fama do empregador sendo passível de dispensa por justa causa³³⁴.

Na situação sob análise, o reclamante teve seu contrato empregatício extinto por justa causa em razão de ter publicado em seu perfil no *Facebook* palavras ofensivas e até mesmo ameaçadoras em face de seu empregador.

Foi mantida a despedida por justa causa devido ao entendimento do magistrado de que as redes sociais não fazem parte de um ambiente privado, podendo terceiros ter acesso ao conteúdo postado. Sendo assim, ofensas e ameaçadas tornadas públicas, são suficientes a validar a penalidade imposta, pois resta caracterizado ato lesivo à honra e boa fama contra o empregador.

³³³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016, p. 1337.

³³⁴BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20150057096 (Recurso Ordinário n. 00007909120145020040). Sexta Turma. Relator: Desembargador: Antero Arantes Martins. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 11 fev. 2015, n. 2984. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202334920/recurso-ordinario-ro-7909120145020040-sp-00007909120145020040-a28>>. Acesso em: 09/05/2017.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo compreender como os operadores que atuam em matérias atinentes a Direito do Trabalho vêm conduzindo situações de despedidas por justa causa consubstanciadas a partir de dados publicados em redes sociais, em tese, no campo privado dos indivíduos empregados.

Com fulcro na legislação trabalhista e no comando constitucional que observa direitos fundamentais sensíveis para o tema em estudo, buscou-se investigar em que medida as limitações do ordenamento jurídico nacional vêm enfrentando os desafios impostos pelas novas formas de relação da sociedade pós desenvolvimento tecnológico, visando enxergar dentro do ordenamento jurídico pátrio existente, o que é possível ser manejado diante da lacuna de marcos legais mais específicos.

Tendo em vista que mesmo com muitas reformas, a compilação das leis trabalhistas, e até mesmo a Constituição brasileira não acompanharam o ritmo frenético do mundo virtual, embora se entenda que legislações como estas mencionadas são afeitas à condição de releitura a cada momento de realidade social.

O que se verifica é que, se por um lado, não há ainda robusta positivação pensada a partir deste novo referencial histórico – desenvolvimento tecnológico e virtual – a face principiológica da Lei Maior vem demonstrando aptidão no auxílio ao aplicador das legislações trabalhistas, a fim de iluminar decisões que requerem mais o bom senso do que positivação propriamente dita.

Comunga-se com a perspectiva trazida no corpo da monografia desenvolvida o filósofo Bauman, o qual vem indicando que, em verdade, o que se vive é uma mudança de aspecto da modernidade, não havendo ainda a pós-modernidade tão somente em função de tais avanços tecnológicos. Apesar da fluidez e da aparente ruptura de muros proporcionadas pelas redes sociais, a sociedade continua dividindo-se em classes, grupos, sub-grupos – uma característica absolutamente moderna.

Talvez justamente por não viver a sociedade hodierna em condição de pós-modernidade se encontre diante esse impasse e esse desconforto ocasionado pela

inabilidade em manejo conveniente das redes sociais, seja qual for o campo da relação humana, o que não é diferente nas relações entre empregados e empregadores.

Além da questão intencional, é importante evidenciar a idoneidade e a veracidade dos fatos publicados, uma vez que, normalmente, o que se assiste é que se criou um hábito humano de colocar o que é considerado publicizável, ou o que pode significar popularidade.

Logo, nem tudo que se publica nas redes sociais apresenta uma verdade absoluta, sendo importante filtrar as informações para elucidar como essas redes sociais devem ser corretamente exploradas e usadas no âmbito do trabalho, pois, é visível que tantos os empregados, quanto os empregadores não possuem educação em relação ao uso dessas ferramentas, causando, muitas das vezes, consequências desastrosas e colocando a empresa e o emprego em risco.

Finalmente, conclui-se que, em que pese o poder diretivo possa incidir nas redes sociais no que tange às postagens feitas nestas pelo empregado, devem ser levados em conta os fundamentos que ensejam na imposição da justa causa, os quais precisam ser analisados à luz do caso concreto, o que impossibilita uma posição restritiva sobre o tema. Há a necessidade de observação acerca da legalidade, devendo o empregador, antes de tomar uma medida drástica, ponderar diante dos fatos. Cabe também ao julgador, quando houver ação, averiguar se há configuração ou não de abuso de poder, bem como se a penalidade imposta foi justa e correspondeu à conduta do obreiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A proteção aos direitos humanos fundamentais de personalidade no Direito do Trabalho. **Revista Jurídica da Amatra 17ª Região**. Jul. 2008, Ano 5, v. 5, n. 9

ANDRADE, Ronaldo Alves de; MACHADO, Viviane. **A privacidade e as redes sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5677498ba2a6142d>>. Acesso em: 24/05/2017.

ANGELO, Kedson. **A história de criação do Whatsapp**. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/hist%C3%B3ria-da-cria%C3%A7%C3%A3o-do-whatsapp-kedson-angelo>>. Acesso em: 27/04/2017.

ARAUJO, Liana Silva de; KÜMMEL, Marcelo Barroso. A exposição da empresa pelo empregado nas redes sociais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3., 2015, Santa Maria. **Anais...** . Santa Maria: UFSM, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-1>>. Acesso em: 09 maio 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **O mundo pós-moderno e o mal-estar na civilização**: entrevista. Disponível em: <https://youtu.be/L_VJFr0Ale8>. Acesso em: 12/05/2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012.

BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, mar./2012, ano XV, n. 98. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 31/03/2017.

BOËCHAT, Sylvie. **Liberdade de expressão e pensamento x Direito de proteção à imagem**. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI176917,91041-t>>. Acesso em: 30/04/2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, n. 191-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18/04/2017.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01/05/2017.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 abr. 2014, ano CLI, n. 77, p. 1-3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 27/04/2017.)

_____. Tribunal Regional do Trabalho (1. Região). Recurso Ordinário n. 0000021-72.2012.5.01.0043. Oitava Turma, Relator: Desembargadora Edith Maria Correa Tourinho. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 04 fev. 2013. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24892028/recurso-ordinario-ro-217220125010043-rj-trt-1>>. Acesso em: 06/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (1 Região). Recurso Ordinário n. 0001632-39.2012.5.01.0050. Primeira Turma, Relator: Desembargador Mario Sergio Medeiros Pinheiro. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 30 maio 2014. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121619371/recurso-ordinario-ro-16323920125010050-rj/inteiro-teor-121619468>>. Acesso em: 06/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20140719010 (Recurso Ordinário n. 0002680782013502043). Décima Turma, Relator: Marta CasadeiMomezzo. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 28 ago. 2014, n. 2882, p. 154. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145935077/recurso-ordinario-em-rito-sumarissimo-ro-26807820135020435-sp-00026807820135020435-a28>>. Acesso em: 06/05/2017

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20110143609 (Recurso Ordinário n. 00592200944202000). Quarta Turma, Relator: Desembargador Ricardo Artut Costa e Trigueiro. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 25 fev. 2011, n. 2069, p. 458. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/ConsultaDOE/ConsultaDiarioTipo.do?dataInicial=2011-02-25&tipoEdital=0>>. Acesso em: 04/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20150057096 (Recurso Ordinário n. 00007909120145020040). Sexta Turma. Relator: Desembargador: Antero Arantes Martins. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 11 fev. 2015, n. 2984. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202334920/recurso-ordinario-ro-7909120145020040-sp-00007909120145020040-a28>>. Acesso em: 09/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Acórdão n. 20150418080 (Recurso Ordinário n. 00011853820145020055). Décima Segunda Turma, Relator: Desembargador Marcelo Freire Gonçalves. **Diário Oficial Eletrônico**. São Paulo, 22 maio 2015, n. 3047, p. 249. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201966836/recurso-ordinario-ro-11853820145020055-sp-00011853820145020055-a28/inteiro-teor-201966848>>. Acesso em: 06/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário n. 0000756-90.2012.5.04.0021. Terceira Turma. Relator: Juiz convocado Marcos Fagundes Salomão.. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, 17 jun. 2014, n. 1496, p.88. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129106397/recurso-ordinario-ro-7569020125040021-rs-0000756-9020125040021/inteiro-teor-129106402>>. Acesso em: 06/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário n. 0000356-84.2013.5.04.0201. Oitava Turma, Relator: Desembargador Juraci Galvão Junior. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, 20 maio 2014, n. 1476, p.17. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129130731/recurso-ordinario-ro-3568420135040201-rs-0000356-8420135040201>>. Acesso em: 06/05/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região). Recurso Ordinário n. 0000884-80.2012.5.05.0022. Terceira Turma, Relator: Desembargadora Léa Reis Nunes de Albuquerque. Julgado em: 24 mar. 2015. Disponível em: <<https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177510598/recurso-ordinario-record-8848020125050022-ba-0000884-8020125050022>>. Acesso em: 30/03/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário n. 0001843-84.2012.5.15.0018. Terceira Turma, Relator: Desembargador Lorival Ferreira dos Santos. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Campinas, 13 jun.2013, n 1245, p. 250. Disponível em: <<https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24591791/recurso-ordinario-ro-18438420125150018-sp-047374-2013-patr-trt-15/inteiro-teor-112082888>>. Acesso em: 06/06/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 32**. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=32#topo>>. Acesso em: 09/05/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 51. In: _____. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-II Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Brasília: CSG/SEG/TJDFT, 2016, p. 21. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>> . Acesso em: 01/05/2017.

CARION, Rosarita. **Postagens em redes sociais podem servir de prova em ações judiciais**: entrevista. Entrevista concedida a Mauro Burlamaqui. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/125945241/entrevista-postagens-em-redes-sociais-podem-servir-de-prova-em-aco-es-judiciais>>. Acesso em: 09/05/2017

CARNEIRO, Verena Bárbara Malandra. **A tutela jurídica do direito à intimidade e à vida privada do empregado**.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura, vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil**. 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>>. Acesso em: 05/05/2017.

CONVENÇÃO americana sobre direitos humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 30/04/2017.

DÂMASO, Livia. **A história do Orkut**. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/07/historia-do-orkut.html>>. Acesso em: 27/04/2017.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30/04/2017.

DE CUPIS, Adriano. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: Editora LTr, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2017, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11ed. Salvador: Juspodvim, 2013, v. 1.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. São Paulo: Editora Positivo.

FERREIRA, Gonçalo Costa. Redes Sociais de Informação: uma história e um estudo de caso. **Perspectivas em Ciência da Informação**. Jul./set. 2011, v.16, n.3, p.208-

231. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pci/v16n3/13.pdf>>. Acesso em: 25/04/2017.

FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORBES BRASIL. **Brasil é o maior usuário de redes sociais da América Latina**. Jun. 2016. Disponível em: <<http://www.forbes.com.br/fotos/2016/06/brasil-e-o-maior-usuario-de-redes-sociais-da-america-latina/>>. Acesso em: 09/05/2017.

FRANZESE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **As redes sociais e a justa causa para rescisão do contrato de trabalho**. 2017. Disponível em: <<http://blogs.atribuna.com.br/direitodotrabalho/2017/01/as-redes-sociais-e-a-justa-causa-para-rescisao-do-contrato-de-trabalho/>>. Acesso em: 09 maio 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GUEDES, Fabrícia. **A evolução das redes sociais**. Disponível em: <<http://www.insite.pro.br/saladeaula/fabricia.pdf>>. Acesso em: 24/04/2017.

HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 2014, ano 51, n. 201, p. 17-27; Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502950/001002775.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26/04/2017.

ITALIA. Legge n 300, del 20 maggio 1970 (Statuto dei Lavoratori). Normesulla tutela della liberta' e dignita' dei lavoratori, della liberta' sindacale e dell'attivitá sindacale, neiluoghi di lavoro e norme sul collocamento. **Gazzetta Ufficiale de lla Repubblica Italiana**. Roma, 27 maggio 1970, anno 111, n. 131. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1970-05-27&atto;.codiceRedazionale=070U0300&tSearch=ricerca_avanzata_vigente>. Acesso em: 05/05/2017.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LIMA FILHO, Francisco das C. O Fenômeno do Poder e Suas Manifestações. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, jul./dez. 2013 v. 15, n. 30, p. 55-77. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/30/artigos/artigo04.pdf>. Acesso em: 31/03/2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015
- MELLO, Cristiane Maria Freitas. **A liberdade de expressão nas redes sociais: direito de crítica do empregado x imagem e honra do empregador**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP. 2014.136f. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6495>>. Acesso em: 06/05/17.
- MESQUITA, Luiz José. **Direito Disciplinar do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1991.
- MINIDICIONÁRIO da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1997.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, T. IV
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Editora Brookseller
- MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. Colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais trabalhistas – autonomia privada *versus* direito à privacidade e intimidade do trabalhador. **Revista LTr**. Fev. 2009, v. 73, n. 2.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009
- OLIVEIRA, Natanael. **Redes sociais: história e guia completo**. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/a-historia-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 26/04/2017.
- _____. **Sobre o autor**. Disponível em: <<http://www.natanaeloliveira.com.br/sobre-o-autor/>>. Acesso em: 26/04/2017.
- ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- PIMENTEL, Alexandre Freitas. **O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- ROXO, Tatiana B. S. Bom de Sousa. Os direitos de personalidade e a tutela jurisdicional da honra e da intimidade dos trabalhadores – os novos instrumentos de vigilância e controle dos atos do empregado. **Revista LTr**. Out. 2012, v. 76, n. 10
- SAFKO, Lon; BRAKE, David K. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios**. Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010

SANTOS, Tália Eloy. **As manifestações em redes sociais como meio de prova da falta grave ensejadora da despedida por justa causa**. 2015. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Salvador, Salvador, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014.

SILVA, Aline Lessa e. **Controle Extralaboral do Empregador Advindo de Informações Obtidas nas Redes Sociais do Emprego: (Im)possibilidade de Justa Causa**. Monografia (Graduação) – Curso de Graduação em Direito. 104 f. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 76. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Aline%20Lessa%200Silva.pdf>>. Acesso em: 12/05/2017.

SILVA, Guilherme Augusto Pinto. **O direito à privacidade como limite ao poder diretivo do empregador: o caso da inviolabilidade do correio eletrônico**. 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/guilherme_silva.pdf> Acesso em: 12/04/2017

SILVA, Gustavo Christo da. **A liberdade de expressão e suas implicações diante da evolução das redes sociais e microblog's na internet**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/liberdade-de-express%C3%A3o-e-suas-implica%C3%A7%C3%B5es-diante-da-evolu%C3%A7%C3%A3o-das-redes-sociais-e-microblog%C2%B4>>

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora IBCCRIM, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2007

VERCELHESE, Juliane Figueiredo. **O público e o privado na perspectiva da comunicação nas organizações: o comportamento dos colaboradores/cidadãos nas redes sociais**. TCC (Graduação em Relações Públicas) - Curso de Relações Públicas, Ênfase em Produção Cultural da Universidade Federal do Pampa. 2015. 53f São Borja: UNIPAMPA, 2015. Disponível em: <<http://cursos.unipampa.edu.br/cursos/relacoespublicas/files/2015/04/O-p%C3%BAblico-e-o-privado-na-perspectiva-da-comunica%C3%A7%C3%A3o-nas-organiza%C3%A7%C3%B5es-o-comportamento-dos-colaboradores-cidad%C3%A3os-nas-redes-sociais.pdf>>. Acesso em: 09/05/2017.

VIEIRA, Fernando Borges. **Redessociais e o ambiente de trabalho**. 2011. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/tecnologia/redes-sociais-e-o-ambiente-de-trabalho/45303>>. Acesso em: 09/05/2017.

WOSNIAK, Dilson José. **Liberdade de expressão nas redes sociais**. Disponível em: <<http://www.stampha.com.br/site/vernoticiacolunistas/5/liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais>>. Acesso em: 27/04/2017.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995

ANEXO I

Entrevista de Bauman: O mundo pós-moderno e o mal-estar na civilização.

Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=I_VJFr0Ale8

Um viciado do *Facebook* me segredou, não segredou de fato, mas gabou-se para mim de que havia feito 500 amigos em um dia. Minha resposta foi que eu tenho 86 anos, mas não tenho 500 amigos. Eu não consegui isso. Então, provavelmente, quando ele diz “amigo” e eu digo “amigo”, não queremos dizer a mesma coisa. São coisas diferentes.

Quando eu era jovem, eu nunca tive o conceito de “redes”. Eu tinha o conceito de laços humanos, de comunidades, esse tipo de coisa, mas não redes. Qual é a diferença entre comunidade e rede?

A comunidade precede você. Você nasce numa comunidade. Por outro lado, temos a rede. O que é uma rede? A rede é feita e mantida viva por duas atividades diferentes. Uma é conectar e a outra é desconectar. E eu acho que a outra atratividade do novo tipo de amizade, o tipo de amizade do *Facebook*, como eu a chamo, está exatamente aí. Que é tão fácil de desconectar. É fácil conectar, fazer amigos. Mas o maior atrativo é a facilidade de se desconectar. Imagine que o que você tem não são amigos *online*, conexões *online*, compartilhamento *online*, mas conexões *offline*, conexões de verdade, frente a frente, corpo a corpo, olho no olho.

Então, romper relações é sempre um evento muito traumático. Você tem que encontrar desculpas, você tem que explicar, você tem que mentir com frequência e, mesmo assim, você não se sente seguro porque seu parceiro diz que você não tem direitos, que você é um porco etc. É difícil, mas na Internet é tão fácil que você só pressiona *delete* e pronto. Em vez de 500 amigos, você terá 499, mas isso será apenas temporário, porque amanhã você terá outros 500, e isso mina os laços humanos.

Os laços humanos são uma mistura de benção e maldição. Benção porque é realmente prazeroso, muito satisfatório ter outro parceiro em quem confiar e fazer algo por ele ou ela. É um tipo de experiência indisponível para a amizade no *Facebook*; então, é uma benção. E eu acho que muitos jovens não têm nem mesmo consciência do que eles realmente perderam, porque eles nunca vivenciaram esse tipo de situação. Por outro lado, há a maldição, pois quando você entra no laço, você

espera ficar lá para sempre. Você jura, você faz um juramento: até que a morte nos separe, para sempre. O que isso significa? Significa que você empenha o seu futuro. Talvez amanhã, ou no mês que vem, haja novas oportunidades. Agora, você não consegue prevêê-las e você não será capaz de pegar essas oportunidades, porque você ficará preso aos seus antigos compromissos, às suas antigas obrigações. Então, é uma situação muito ambivalente e, conseqüentemente, um fenômeno curioso dessa pessoa solitária numa multidão de solitário.

Estamos todos numa solidão e numa multidão ao mesmo tempo de que há dois valores essenciais que são absolutamente indispensáveis para uma vida satisfatória, recompensadora e relativamente feliz. Um é a segurança e o outro é a liberdade. Você não consegue ser feliz, você não consegue ter uma vida digna na ausência de um deles, certo? Segurança sem liberdade é escravidão. Liberdade sem segurança é um completo caos, incapacidade de fazer nada, planejar nada, nem mesmo sonhar com isso. Então, você precisa dos dois. Entretanto, o problema é que ninguém ainda a história e no planeta encontrou a fórmula de ouro, a mistura perfeita de segurança e liberdade. Cada vez que você tem mais segurança, você entrega um pouco da sua liberdade. Não há outra maneira. Cada vez que você tem mais liberdade, você entrega parte de sua segurança. Então, você ganha algo e você perde algo.

Há 81 anos, Sigmund Freud publicou esse livro famoso e tremendamente profundo e influente intitulado *O mal-estar na civilização*. Ele disse que a civilização é sempre uma troca, ou seja, você dá algo de um valor para receber algo de outro valor. E ele disse que escreveu isso nos anos 1920 e naquela época, ele disse que o problema deles, da velha geração, foi que eles entregaram liberdade demais em prol da segurança. E eu estou profundamente convencido de que, se Freud estivesse dando essa entrevista aqui, no meu lugar, ele provavelmente repetiria que toda civilização é uma troca, mas o seu diagnóstico seria exatamente o oposto, que os nossos problemas hoje derivam do fato de que nós entregamos demais a nossa segurança em prol de mais liberdade. Esse é o dilema. Eu acho que já sinto alguns sinais prodômicos de que o pêndulo está começando a voltar em direção a mais segurança. O Estado social vem de novo em favor do público. As pessoas sonham com ele, elas querem poderes mais fortes e mais estabilidade, um pouco mais de estabilidade. Está muito no início. Não estou dizendo que já estamos no caminho

certo, mas há sinais de que isso está acontecendo.

Então, minhas conclusões são duas: em primeiro lugar, você nunca encontrará uma solução perfeita do dilema entre segurança e liberdade. Sempre haverá muito de uma e muito pouco de outra, certo? E a segunda é que você nunca irá parar de procurar essa mina de ouro.