

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LORENZO COLODETTI DE MENDONÇA CASTELLO

**PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR À
INTIMIDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS**

VITÓRIA
2017

LORENZO COLODETTI DE MENDONÇA CASTELLO

**PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR À
INTIMIDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória
– FDV, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra
Leite.

VITÓRIA

2017

LORENZO COLODETTI DE MENDONÇA CASTELLO

**PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR À
INTIMIDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA
UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ de dezembro de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite.

Faculdade de Direito de Vitória

Orientador

Profº

Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

A Lucia Ernesta Colodetti, avó e amiga, que sempre me apoiou em minhas escolhas.

Ao professor e orientador Carlos Henrique Bezerra Leite, que sempre através de seu incansável trabalho e comprometimento com a excelência conseguiu estimular e extrair o melhor deste aluno.

A professora Jeane Martins, por despertar em mim o legítimo interesse na disciplina de Direito do Trabalho, algo que eu não poderia esperar.

A Ingrid Gava, pelo carinho.

RESUMO

O presente trabalho procura realizar uma abordagem do poder disciplinar do empregador no contrato de trabalho diante dos limites a ele impostos pelo estado democrático de direito e pelos direitos da personalidade na relação empregatícia, especialmente no que tange à intimidade e a liberdade de expressão. Com as novas tecnologias digitais, o trabalhador se vê vigiado a todo tempo pelo empregador de forma jamais vista anteriormente. A problematização do exposto se torna ainda mais grave quando condutas praticadas pelo trabalhador em suas redes sociais privadas promovem justa causa por parte do empregador. A luz da dignidade da pessoa humana e dos princípios da proteção, o estudo contempla aprofundamento teórico na dogmática trabalhista, tratando de forma pragmática desde os conceitos teóricos pertinentes ao assunto tratado até a jurisprudência mais atual, fazendo com que o trabalhador e os operadores do direito adquiram parâmetros tais limitações de direitos fundamentais em face de outros. Para tanto, não poderia deixar de ser estudada a técnica de ponderação de princípios fundamentais segundo Robert Alexy de modo a balizar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto: direito à honra e imagem do empregador ou a liberdade de expressão do trabalhador nas manifestações nas redes sociais, obviamente diante da teoria e de casos concretos por meio dos quais serão buscados critérios para a “justa causa digital” e seus limites.

Palavras-Chave: Poder Disciplinar; Direitos Fundamentais; Redes Sociais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 - DO PODER EMPREGATÍCIO	10
1.1 CONCEITO	10
1.2 CLASSIFICAÇÕES	12
1.3 PODER DISCIPLINAR	15
1.3.1 Fundamentos Doutrinários de Legitimidade	15
1.3.2 O Poder Disciplinar como Fundamento para a Justa Causa Trabalhista	16
1.3.3 Espécies ou Modalidades de Punições Disciplinares	16
1.3.4 Da Dispensa com e sem Justa Causa	18
1.3.5 As Hipóteses de Justa Causa Previstas na CLT	21
CAPÍTULO 2 - DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA	26
2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
2.2 DIREITOS DO TRABALHADOR À VIDA PRIVADA E A INTIMIDADE	28
2.3 LIMITES DO EMPREGADOR NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA	29
CAPÍTULO 3 - LIMITES DO PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR À INTIMIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS	32
3.1 IDENTIFICANDO A COLISÃO DE DIREITO FUNDAMENTAIS: PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR	32
3.1.1 Técnica de Ponderação de Princípios Fundamentais	32
3.1.2 Dos Direitos à Honra do Empregador e Direitos Fundamentais à Intimidade e Liberdade de Expressão do Empregado	37
3.2 PODER DISCIPLINAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE	43
3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E A LIBERDADE DE	

EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS POR PARTE DO TRABALHADOR <i>VERSUS</i> PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho, por sua própria natureza jurídica impõe deveres e obrigações para ambas as partes do contrato: empregador e empregado. Sabe-se que o Poder Empregatício é o que promove a diversas prerrogativas para o empregador conseguir dirigir o seu empreendimento da melhor maneira possível. Todavia, essa prerrogativa possui limites.

O “Poder Empregatício” hoje não é mais exercido como já foi em tempos nem tão remotos. Sabe-se que houve grandes mudanças sociais, históricas, culturais e tecnológicas que impactam diretamente no exercício do Poder Empregatício, especialmente com a sociedade de informação e o uso massivo da internet e especialmente das redes sociais.

Se em tempos não tão distantes do controle patronal somente podia ser exercido dentro do ambiente laboral, hoje a sociedade muda de figura existindo o controle do empregado pelo empregador através de meios *on line*, que vão desde o e-mail até as redes sociais privadas dos empregados.

Trata-se de mais uma mudança social que a legislação não consegue acompanhar. O tema entra em choque diretamente com o primado da intimidade e vida privada, dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão, entre outros.

O debate torna-se ainda mais acalorado quando atitudes tomadas pelo empregado no ambiente virtual dão ensejo a dispensa por justa causa por parte do empregador contra o empregado.

Isto porque existem determinadas condutas tipificadas, mas são imprecisas havendo a necessidade de interpretação do órgão julgador sobre a aplicabilidade, ou não, da justa causa. Isto faz com que a jurisprudência tenha papel fundamental na descrição das condutas que podem dar ensejo a justa causa.

Novamente o estudo jurisprudencial é quem irá balizar a segurança jurídica no âmbito trabalhista, notadamente no instituto da justa causa por conta de atitudes tomadas pelo empregado nas redes sociais.

Dessa forma, eis o objetivo central deste trabalho: mostrar a intrínseca necessidade de proteção do trabalhador em face ao empregador nas relações contemporâneas de controle surgidas com o uso massivo da *internet* e das redes sociais, especialmente o *facebook*, *instagram*, *whatsapp*, especialmente na aplicação do instituto da despedida por justa causa trabalhista.

Para tanto, apresentamos a seguinte problemática: quais os limites do poder disciplinar do empregador em face dos direitos fundamentais do trabalhador na utilização das redes sociais?

Assim sendo, de modo a responder a problemática apresentada, dividimos o presente trabalho em três capítulos distintos.

No primeiro capítulo será criado um alicerce sobre os principais conceitos que serão utilizados no presente trabalho, sua dogmática e repercussões no Direito Trabalhista. Portanto, inicialmente será tratado das conceituações e facetas do poder empregatício, seguidamente serão abordadas suas classificações e, por fim será tratado de forma mais extensiva que nos demais tópicos deste capítulo sobre o poder disciplinar e suas repercussões nas relações de trabalho.

O segundo capítulo do presente trabalho irá consistir na análise dos direitos da personalidade na relação empregatícia. Para tanto, o estudo será dedicado em um primeiro momento a análise da conceituação moderna de direitos da personalidade como direitos fundamentais, seguindo a mesma linha de raciocínio será dedicado tópico sobre os direitos fundamentais do trabalhados à vida privada e a intimidade e, finalmente, os limites do empregador na relação empregatícia.

No terceiro e último capítulo serão tratados os limites do poder disciplinar do empregador em face dos direitos fundamentais do trabalhador à intimidade e liberdade de expressão nas redes sociais e seus reflexos no exercício pleno de

direitos fundamentais. Para isso, inicialmente será identificada a colisão de direitos fundamentais entre o poder disciplinar do empregador e a liberdade de expressão trabalhador. Em seguida, trataremos do poder disciplinar à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, por último o conflito propriamente dito entre os direitos fundamentais à intimidade e a liberdade de expressão nas redes sociais por parte do trabalhador *versus* o poder disciplinar do empregador. Tudo isso sem deixar de tratar da jurisprudência e da legislação constitucional e infraconstitucional pertinente e sua aplicação na seara trabalhista.

Ao final do estudo, apresentaremos as principais conclusões sobre a temática tratada.

CAPÍTULO 1 - DO PODER EMPREGATÍCIO OU HIERÁRQUICO

1.1 CONCEITO

O contrato de trabalho é um contrato de natureza complexa que envolve diversas prestações – negativas ou positivas – que devem ser prestadas por ambas as partes do contrato. Desse modo, existem obrigações recíprocas tanto por parte do obreiro como por parte de seu empregador.

Em curtas palavras, o empregador tem a obrigação de pagar o salário (obrigação de dar) e, em determinados casos possui também a obrigação de fazer, notadamente quando pratica atos de anotação na CTPS como ocorre quando é obrigado a anotar na carteira de trabalho eventuais acidentes sofridos pelo empregado durante a prestação de serviços.

O empregado, por sua vez, tem a obrigação de se colocar-se a disposição do empregador para realizar as mais diversas atividades que possam surgir no decorrer do ambiente laboral. Aliás, é esse o conceito adotado pela vigente carta trabalhista, que adota a teoria contratualista como justificadora do poder disciplinar. “Por essa teoria, o fundamento do poder disciplinar é o contrato de trabalho, pois é através deste que o empregado coloca a sua energia de trabalho à disposição do empregador”. (CASSAR, 2017, p. 1061)

Além dos efeitos clássicos supramencionados (obrigações do empregador e do empregado), Maurício Godinho Delgado (2017, p. 748) também considera, com razão, que o poder empregatício é um dos efeitos contratuais próprios do contrato de trabalho, e que, esse poder desdobra-se em quatro dimensões: diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar.

Não obstante a irrefutável importância do conceito, antes de qualquer coisa, mostra-se imprescindível trazer à baila que nem todos os doutrinadores definem os poderes do empregador no contrato de trabalho dessa forma. Na verdade, a maioria da doutrina entende que a melhor definição seria a clássica definição de “Poder

Hierárquico” e, Vólia Bonfim Cassar (2017, p. 1060) entende que a expressão adequada seria “Poder de Comando”:

Como é o empregador aquele que investe seu capital no empreendimento, que escolhe os rumos do negócio, o momento para mudar o ramo e investir em novas ou antigas diretrizes da atividade, correndo todos os riscos dos desacertos ou de obter os lucros resultantes da escolha, também pode intervir na relação de emprego, pois tem o **poder de comando**.

O poder de comando lhe faculta modificar algumas cláusulas contratuais nos limites da lei – *ius variandi*, para que o contrato se desenvolva de acordo com os fins perseguidos pela empresa. Dessa forma, cabe ao empregador determinar as condições em que o trabalho deve se desenvolver, dirigindo a prestação de serviços.

Daí exsurge o direito do empregador de fiscalizar (controle) correto cumprimento dos afazeres do empregado e o direito de puni-lo (disciplinar), nos casos de descumprimento de seus deveres, aplicando-lhe as penas permitidas por lei [...] (grifo nosso)

Ainda que haja certa discordância na doutrina acerca da nomenclatura do fenômeno, nesse trabalho iremos adotar a expressão “poder empregatício”, também adotada por Maurício Godinho Delgado.

O poder empregatício é um conceito doutrinariamente construído que significa nada mais do que a situação sob a qual o empregado se coloca diante do empregador em decorrência do contrato de trabalho e sob fundamentação desse mesmo contrato. Explico. Ao pactuar uma relação de emprego, desde os primórdios de seu surgimento, sabe-se que existe uma relação de hierarquia entre empregado e empregador. Essa relação verticalizada promove uma situação jurídica distinta entre ambos, onde um se subordina ao outro, notadamente com as respectivas limitações legais. Ou seja, ao pactuar um contrato de trabalho, o mesmo contrato cria relações jurídicas distintas entre empregador e empregado que irão repercutir em obrigações e deveres de ambas as partes.

Maurício Godinho Delgado (2017, p. 698), com a didática que lhe é peculiar ensina o conceito de poder empregatício da seguinte forma:

De maneira geral, o poder empregatício consubstancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviços pactuada. Tal poder, portanto, como regra, incide em benefício do empregador, atribuindo ao obreiro a

obrigação de uma conduta de acatamento das ordens *lícitas* decorrentes do exercício de tal poder.

E complementa mais adiante em seu livro:

Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como *conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços*. (DELGADO, 2017, p. 749)

Assim, ao colocar-se a disposição do empregador devido ao contrato de trabalho, o obreiro também se coloca em situação de subordinação jurídica, sujeitando-se, entre outras coisas à disciplina, controle e adequação de sua conduta às normas lícitas que seu superior hierárquico lhe impõe devido ao contrato pactuado entre as partes na relação empregatícia.

1.2 CLASSIFICAÇÕES

À luz ainda do que preceitua Maurício Godinho Delgado(2017, p. 748), o poder empregatício como efeito do contrato de trabalho é entendido como um gênero que comporta quatro desdobramentos, ou dimensões: poder diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar.

A doutrina entende que a importância desses poderes decorrentes do poder empregatício se encontra na possibilidade de, diante de um contrato de trabalho baseado na disciplina e hierarquia, o empregador possa valer-se de tal complexo de prerrogativas em seu favor para, em tese, tornar a administração empresarial e relacional hierarquizada possível.

O poder diretivo ou de comando é um conjunto de prerrogativas inerentes ao contrato de trabalho que colocam o empregador em situação de vantagem sobre empregado e que permitem com que o empregador organize – unilateralmente -, o ambiente laboral como entender melhor para o desenvolvimento de sua atividade econômica.

Delgado (2017, p. 751) explica que:

Seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange a prestação de serviços.

O mesmo autor complementa ao dizer que “Isso se explica em face do controle jurídico, sob diversos ângulos, que o empregador tem sobre o conjunto da estrutura empresarial e em face também do princípio da assunção de riscos do empreendimento que sobre ele recai” (DELGADO, 2017, p. 751)

Já o poder regulamentar é o poder conferido ao empregador pelo contrato de trabalho de editar regulamentos, instruções, ordens de serviços e outros instrumentos de organização interna da empresa e da prestação de serviços por parte dos empregados.

Segundo o Ministro Maurício Godinho Delgado (2017, p. 751), “Poder regulamentar seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”.

No que tange ao poder regulamentar, existe certa discussão doutrinária a respeito de seu estudo ser feito separadamente do poder diretivo. Isto porque, segundo a doutrina majoritária o poder regulamentar seria justamente uma faceta do poder diretivo, que o englobaria, uma vez que o empregador, ao promover a disciplina e as condutas que julga adequadas ao seu estabelecimento estaria também criando normas regulamentares que, em caso de transgressão, poderiam ser punidas através do Poder Disciplinar.

Por outro lado, poder fiscalizatório é um poder conferido ao empregador em decorrência do contrato de trabalho que confere a prerrogativa unilateral do empregador de promover a fiscalização da prestação laboral do empregado e sua “vigília” durante a prestação de serviços.

Segundo Delgado (2017, p. 753), “Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno”.

São exemplos do poder fiscalizatório o controle de entrada e saída dos empregados através de portarias, revistas, controle de ponto e horários, circuito de câmeras de segurança que filmam o ambiente laboral para que o empregador possa ter acesso mesmo dentro de casa às filmagens em tempo real, os próprios prepostos que vigiam a prestação de serviços, etc.

Por último, e como a faceta mais importante que o poder empregatício pode assumir para o presente estudo, o poder disciplinar é aquele que, em curtas palavras: permite que o empregador comine sanções ao empregado no caso de este descumprir algum dever contratual.

Dentre as quatro dimensões do poder empregatício estudadas, o poder disciplinar tem posição de destaque, justamente porque através dele o empregador possui – literalmente – a prerrogativa de punir seu trabalhador sem o intermédio, em um primeiro momento, de qualquer entidade pública. Sobre tal importância, Delgado (2017, p. 756) explica que “Embora possa também ser considerado simples dimensão, extensão ou *corolário do poder de direção*, o poder disciplinar tem sido universalmente identificado em seara conceitual própria [...]”.

Assim, os estudos do poder disciplinar vêm recebendo cada vez mais atenção da doutrina e jurisprudência pátrias. Isto porque, dentre outros motivos que serão expostos, trata-se de um poder muito grande nas mãos do empregador, que acaba por gerar diversos conflitos a respeito da aplicação prática e proporcional dos institutos decorrentes (justa causa, suspensão e advertência). Afinal, trata-se da *faculdade* de punir um empregado por faltas cometidas no contexto do contrato de trabalho e, em um primeiro momento, sem a intermediação do Poder Judiciário.

1.3 DO PODER DISCIPLINAR

1.3.1 Fundamentos Doutrinários de Legitimidade

O poder disciplinar já foi muito debatido na doutrina no que tange a sua legalidade no ordenamento jurídico pátrio. Ainda que não seja objeto principal de estudo da presente obra, mostra-se pertinente sobrevoar rapidamente sobre as teorias discutidas na doutrina.

Surgiu na doutrina um grande debate sobre a legalidade e os limites do poder disciplinar a serem aplicados na legislação pátria. Podem ser separadas três teorias distintas: negativista, autonomista e a “vertente intermediária”.

Os negativistas, cujo nome já permite entender, são aqueles que negam a legalidade do poder disciplinar com o fundamento de que o *jus puniedi* (poder de punir) é somente do Estado. Com isso, não poderia um particular valer-se dessa força sem intermédio da administração direta.

Os autonomistas vão na direção oposta dos negativistas ao afirmar que por ser uma matéria muito específica e importante, deveria ensejar um ramo próprio, autônomo e particular do Direito. Corroborando com esse entendimento, Delgado reforça que a “multiplicidade de institutos e práticas jurídicas direcionadas à configuração e dinâmica do poder disciplinar no contexto empregatício conduziria à existência de um ramo jurídico próprio e autônomo [...]” (DELGADO, 2017, p. 778). No que pese os fortes argumentos apresentados por essa corrente, não é a teoria adotada pela CLT e pelos tribunais pátrios, que fizeram a opção por uma teoria que fizesse um contraponto entre a aplicação de penalidades por parte do empregador e as limitações de tal poder.

Desse modo a teoria adotada tanto pela CLT como pela jurisprudência pátria é a Teoria Intermediária, que propõe que o Poder Disciplinar não é um ramo próprio do direito do trabalho, mas que também não é uma prerrogativa unicamente estatal. Foi a teoria adotada CLT e é o entendimento aplicado na prática.

O que se conclui pela adoção do direito pátrio da teoria intermediária é que a aplicação de penalidades pelo empregador ao seu empregado é prática legítima no ordenamento jus trabalhista pátrio, devendo respeitar os limites impostos pela legislação, como ocorre com a taxatividade (art. 482, CLT).

1.3.2 O Poder Disciplinar como Fundamento para a Justa Causa Trabalhista

O poder disciplinar confere ao empregador diversos poderes sancionatórios (direito de aplicar sanções) na relação justralhista. O poder sancionatório, por sua vez, é um gênero que comporta quatro espécies sancionadoras que variam em graus de prejuízo para o empregado, gravidade da falta e legitimidade – esta última que pode ser doutrinária ou legal.

1.3.3 Espécies ou Modalidades de Punições Disciplinares

Atualmente, a legislação, jurisprudência e doutrina juntas admitem quatro espécies de punição: advertência, multa, suspensão, e por fim o que mais interessa ao presente estudo: justa causa.

Antes de qualquer coisa, é de vital importância o entendimento de que as sanções disciplinares a serem aplicadas ao empregado devem ser graduais. Isto é, da pena mais branda para a mais grave, de acordo com a quantidade e gravidade das faltas cometidas pelo empregado. Nesse passo, deve-se primeiramente aplicar a advertência. Se as faltas disciplinares continuarem, aplica-se a suspensão, e, como última e extraordinária medida, aplica-se a justa causa.

Todavia, a doutrina e jurisprudência admitem hipóteses de aplicação de justa causa diretamente pelo empregador como a primeira medida a ser aplicada, mas, somente para casos excepcionais, quando a falta praticada pelo empregado tornar, de único fato, a relação fiduciária insustentável. Nesse sentido decidiu Cláudia Cardoso de Souza em processo de sua relatoria no TRT17ª Região:

JUSTA CAUSA. GRADAÇÃO DA PENALIDADE. DESNECESSÁRIA. GRAVIDADE DA FALTA. Não cabe falar em gradação quando a gravidade da falta cometida pelo empregado autoriza a aplicação da justa causa como primeira penalidade disciplinar. (TRT 17ª R., RO 0000333-56.2015.5.17.0121, Rel. Desembargadora Claudia Cardoso de Souza, DEJT 06/04/2016).

(TRT-17 - RO: 00003335620155170121, Relator: CLAUDIA CARDOSO DE SOUZA, Data de Publicação: 06/04/2016)

A advertência é a sanção disciplinar mais branda admitida no ordenamento, “pode ser oral ou escrita e visa punir faltas leves e reprimir que aconteçam novamente” (CASSAR, 2017, p. 1062). Trata-se de uma sanção disciplinar construída pela doutrina e pelos costumes trabalhistas, que é amplamente aceita pela jurisprudência, notadamente por ser mais benéfico para o trabalhador do que a suspensão e a multa, como será visto. Além disso, tal sanção disciplinar pode ser aplicada diretamente pelo empregador e ainda, pode ser de forma escrita ou oral.

A suspensão, por sua vez, é mais grave do que a advertência, entretanto mais branda do que a multa e, obviamente do que a justa causa. Por suspensão, “o empregador pode suspender o empregado quando este praticar faltas mais graves”. (CASSAR, 2017, p. 1062). É mais grave do que a sanção de advertência porque essa impõe que “Durante o período da suspensão disciplinar o empregado não recebe salário” (CASSAR, 2017, p. 1062)

Esta segunda espécie sancionatória possui previsão legal na CLT e também limitação legal imposta pelo art. 474, CLT, por onde o empregado não poderá ficar suspenso de suas atividades por tempo superior a 30 dias consecutivos. Afinal, se pudesse o empregador suspender o empregado de suas funções sem receber seu sustento por mais de 30 dias o empregado ficaria desamparado e sem receber o mínimo para sua subsistência, o que acarretaria prejuízos notórios para ele. Pensando no desamparo e no abuso certo que ocorreria, a CLT desde logo limitou a quantidade de tempo que o empregado poderia ficar suspenso de suas funções pelo empregador.

Por fim, e mais importante para este trabalho, a justa causa é a sanção disciplinar mais grave que pode ser aplicada ao empregado pelo empregador pelos motivos

que serão dispostos logo a seguir. Cassar (2017, p. 1063), com a didática que lhe é peculiar dispõe da seguinte maneira sobre o instituto:

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 esse motivo. Torna desaconselhável o prosseguimento da relação de emprego [...].

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 384) entende que “a dispensa por justa causa [...] pode ser conceituada como a cessação do contrato de trabalho em razão da prática de ato faltoso, dotado de gravidade, abalando a fidúcia entre as partes da relação de emprego”

De nossa parte, podemos conceituar a dispensa por justa causa como o instituto jurídico por meio do qual o empregador, no exercício de seu poder disciplinar, rescinde o contrato de trabalho devido à falta grave praticada pelo empregado no curso do contrato de trabalho, com conseqüente quebra da fidúcia necessária para a manutenção de tal contrato de prestação continuada, cuja hipótese deve estar necessariamente prevista em lei.

1.3.4 Da Dispensa com e sem Justa Causa

Na conjuntura celetista constitucional atual o empregador pode pôr fim ao contrato de trabalho com ou sem justa causa. Logicamente, a depender da motivação da dispensa os efeitos jurídicos serão distintos. Sem justa causa o empregador deve arcar com verbas rescisórias, enquanto que na dispensa com justa causa o empregado pode ser dispensado sem maiores despesas para o empregador.

Atualmente o despedimento do empregado sem justa causa é uma faculdade/direito potestativo do empregador que deve apenas arcar com os ônus da rescisão contratual desmotivada.

Na dispensa sem justa causa, o empregador decide pôr fim ao vínculo de emprego, por meio do exercício de direito considerado por parte da doutrina

como potestativo, que lhe autoriza tal conduta, mesmo não tendo o empregado incorrido em qualquer falta disciplinar (GARCIA, 2017, p. 381).

Sabe-se que o texto constitucional contém norma programática que garante a estabilidade do empregado no emprego. Mas o legislador ainda não editou a lei complementar necessária para dar implemento a tal norma constitucional limitada prevista no art. 7º, I, que dispõe que a relação de emprego será “protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa [...]”. Portanto, atualmente o empregado não tem qualquer garantia real no emprego, apenas uma multa compensatória.

Tal multa compensatória, grosso modo, visa coibir a dispensa dos empregados impondo um alto custo para o empregador em caso de dispensa sem justa causa, fato que não ocorre na rescisão com justa causa.

Assim, a despedida sem justa causa irá obrigar o empregador a pagar ao empregado dispensado valores relativos ao aviso prévio, férias vencidas e proporcionais com 1/3; décimo terceiro salário vencidos e proporcionais; saldo salarial referente aos dias trabalhados; indenização de 40% FGTS; levantamento dos depósitos do FGTS; e, finalmente guias do seguro-desemprego (GARCIA, 2017, p. 381)

Classicamente, sempre se considerou o despedimento de empregados como um direito potestativo de todo empregador, ou seja, a deflagração do processo de extinção do contrato de trabalho pelo empregador normalmente despendia apenas de uma deliberação patronal (como também, na situação inversa, de uma decisão do trabalhador) e tal deliberação não precisava, via de regra, estar escorada em nenhuma razão ou, para ser mais exato, o empregador sempre esteve exonerado do dever de informação ao empregado sobre o motivo do desligamento, tendo ou não uma justificativa ou um móvel para inspirar a sua iniciativa rescisória (MARANHÃO, 2003, p. 561-562)

Ou seja, inicialmente, o despedimento de empregados, em regra, não dependia de nada além do aceno negativo de seu empregador. A inibição do exercício do direito potestativo do empregador a dispensar seus empregados sem justa causa era

viabilizada por mecanismos indiretos – a oneração dos encargos rescisórios. (SOUZA JÚNIOR, 2016, p. 8)

Na conjuntura celetista atual, despedir o empregado sem qualquer motivo, entendido como rescisão unilateral do empregador é atualmente um direito potestativo do empregador sobre o empregado. Já que se entende majoritariamente que este possui o livre arbítrio para tal dispensa.

No ordenamento jurídico pátrio, a única forma de encontrar-se temporariamente com garantia de emprego contra despedida sem justa causa (arbitrária) se dá com as garantias de emprego presentes na legislação trabalhista a exemplo dos membros eleitos das CIPAS (comissão interna de prevenção de acidentes), membros de associações sindicais, e, em um exemplo mais atual, dos empregados representantes eleitos para participar da comissão de empregados atribuídos a fiscalização da gorjeta (art. 457, §10, CLT).

Outra garantia de emprego, que não mais está prevista no ordenamento celetista refere-se aqueles empregados que se estabilizaram no emprego após dez anos de exercício na mesma empresa, a famigerada estabilidade decenal, que não mais existe em nosso ordenamento. “Desta forma, não sendo o empregado estável, o empregador poderá dispensá-lo sem justa causa, pagando-lhe, além do aviso prévio, férias e gratificação natalina proporcionais.” (LEITE, 2017, p.451)

Contudo, diferentemente da despedida desmotivada, quando se trata de dispensa por justa causa o tema passa a ser mais delicado, porque diferentemente da dispensa sem justa causa, nessa modalidade o empregado passa a não mais ter qualquer direito, sendo colocado “a ver navios” quanto a todos os direitos que teria no caso de uma dispensa desmotivada. Por isso, a justa causa é altamente prejudicial ao empregado, não só no aspecto moral, mas, sobretudo, no aspecto patrimonial. De outro modo, também é muito mais conveniente ao empregador que deseje “livrar-se” de um empregado aplicar-lhe uma justa causa diretamente do que rescindir o contrato sem tal motivação. Sai muito mais caro para o empregador uma dispensa imotivada do que uma motivada por justa causa.

A título de complementação, “a justa causa ocorre quando o empregador decide pelo término do vínculo de emprego, por meio do exercício de seu poder disciplinar, tendo em vista falta disciplinar praticada pelo empregado” (GARCIA, 2017, p. 383).

Uma vez caracterizada a justa causa, o empregado terá direito apenas a saldo de salários e férias vencidas. O empregado dispensado por justa causa não tem direito à indenização (se estável), aviso prévio e 13º Salário. (LEITE, 2017, p. 550). Além disso, a dispensa por justa causa não respeita as estabilidades e garantias de emprego, podendo o empregado eleito da CIPA, por exemplo, ser despedido por justa causa.

Por toda essa oneração negativa que afeta diretamente o empregado, o legislador tratou de tipificar e dar tratamento diferenciado ao instituto da justa causa trabalhista quando comparada as demais sanções disciplinares. Por isso, a justa causa é mais restritiva para o empregador e segue critérios ora objetivos (tipificação legal) ora subjetivos, especialmente no que tange a adequação das condutas a tipificação legal.

1.3.5 As Hipóteses de Justa Causa Previstas na CLT

É através do poder disciplinar que o empregador pode impor sanções ao obreiro. No entanto, existem limites para sua aplicação, tendo o Poder Judiciário função balizadora no sopesamento das sanções aplicáveis.

Sem maiores debates acerca da legitimidade do instituto, tópico já estudado, a doutrina entende que existem critérios objetivos e subjetivos para a aplicação da justa causa. Um dos requisitos objetivos para a sanção é a tipicidade legal da conduta do trabalhador às hipóteses taxativas que estão dispostas no art. 482, CLT e outras disposições esparsas, como o art. 158 parágrafo único da CLT.

No que diz respeito aos critérios subjetivos e objetivos da tipificação de que estamos a tratar nesse momento, cabe trazer os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado (2017, p. 1353), que, pela precisão técnica merece transcrição completa:

No que diz respeito à tipicidade da conduta faltosa, aplica-se, como visto, ao ramo trabalhista brasileiro o critério penalista da prévia tipificação legal da conduta censurada. Embora, é claro, saiba-se ser relativamente plástica e imprecisa a tipificação celetista, não se pode enquadrar como infração ato ou omissão que escape efetivamente à previsão contida na lei laboral.

A plasticidade dessa tipificação, entretanto, tem permitido a funcional adequação de tipos tradicionais a condutas modernas (embora nem tão modernas, como se sabe). [...].

Assim, a mesma doutrina que entende pela tipificação legal das condutas discriminadas no art. 482, CLT também entende que o legislador não se aprofundou na descrição das condutas que são tão importantes para a tipicidade de sanção tão grave como a justa causa trabalhista. É diferente das disposições legais da esfera penal, que definem taxativamente as condutas que devem ou não serem punidas com verbos nucleares de tipos mais variados. Na seara trabalhista, o apego ao princípio da taxatividade não é tão grande quanto na esfera penal, pelo contrário, o art. 482, CLT dispõe de determinadas “palavras” que devem ser interpretadas para que tenham aplicação prática.

Nesse passo, por serem hipóteses que admitem diversas e, podemos dizer inclusive, inesgotáveis interpretações, as condutas admitem alto grau de subjetividade. Desse modo, o papel do magistrado diante do caso concreto com sua interpretação e a jurisprudência é que irá balizar a aplicação do instituto da justa causa, dizendo o que é, e o que não é em um primeiro momento uma conduta que permite a aplicação correta da penalidade.

O raciocínio nesse ponto do estudo torna-se absolutamente complexo. Afinal, a justa causa em um primeiro momento é aplicada diretamente pelo empregador ao empregado, sem intermédio de qualquer entidade ou do Poder Judiciário. Suas hipóteses não são detalhadas na legislação a ponto de exalarem clareza em nível de não suscitar dúvidas se uma conduta é, ou não, uma hipótese que justifique penalidade tão severa.

Pois bem. A justa causa irá ocorrer quando empregado pratica qualquer das faltas taxativamente previstas no art. 482, CLT:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) 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;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)

Da análise do art. 482 depreende-se que as hipóteses admitem ampla interpretação por parte do aplicador inicial da penalidade (empregador) e, em última análise, do magistrado. A título de exemplo do questionamento, o que seria um ato de improbidade? Ou uma incontinência de conduta?

Godinho, juntamente com a ampla doutrina e que coaduna com o que pensa o expositor afirma que as condutas, em seu critério objetivo, são muito plásticas. Ora, trata-se de um critério objetivo que na verdade é subjetivo, pois de acordo com a doutrina adotada e o posicionamento dos diversos autores trabalhistas, é possível uma interpretação diversa de cada inciso do art. 482, CLT.

Por isso o posicionamento da jurisprudência é imprescindível para o estudo do tema. O empregado tem o direito de saber o que ele pode ou não fazer em sua vida laboral e particular sem ser surpreso com uma justa causa fundamentada em uma atitude despretensiosa de sua parte. Trata-se, em última análise, de questão que envolve diretamente o direito fundamental à segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

A título de ilustração da problematização que pode gerar o instituto, trago um julgado do TST que tratou justamente de um tema contemporâneo: O uso das mídias digitais pelo empregado. No caso, o empregado estava a usar e-mail do empregador de modo indevido e recebeu uma justa causa. Trata-se de uma situação que, em primeiro momento, não está tipificada na legislação celetista de modo direto:

PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou

de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

(TST - RR: 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma,, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.)

Por isso, a pesquisa tem como fundamento primordial promover o estudo jurisprudencial de como os tribunais estão decidindo os casos relacionados a despedida por justa causa nas redes sociais, notadamente no uso do facebook, instagram e outras mídias sociais, especialmente fora do ambiente de trabalho, sem deixar de fomentar o debate rico com relação aos direitos fundamentais do empregador e do empregado, com aspectos pertinentes da doutrina e jurisprudência.

CAPÍTULO 2 - DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais do indivíduo fazem parte da chamada 1ª geração de direitos fundamentais, classicamente conhecida como as prestações negativas ou “de não fazer” por parte do Estado perante o indivíduo. Na concepção constitucionalista clássica, para que se tenha uma constituição válida em sentido formal, além de normas que limitem o poder Estatal, é necessário que a mesma carta contemple um rol de direitos fundamentais subjetivos que devem ser respeitados e defendidos pela ordem constitucional.

Sobre isso,

Constituição em sentido material (ou substancial) é o conjunto de normas, escritas ou não escritas, cujo conteúdo seja considerado propriamente constitucional, isto é, essencial à estruturação do Estado, à regulação do exercício do poder e ao reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos (ALEXANDRINO; PAULO, p. 56, 2017)

No que pese os direitos fundamentais de 1ª Geração no que se inclui a vida privada, a honra e imagem serem direitos tidos como de prestação de não fazer, quando tais direitos são violados por outrem que não o Estado propriamente, como um particular violando direito de outro particular, este tem o dever-poder-função de intervir e sopesar direitos.

Uadi Lâmega Bulos (2015, p. 526) define direitos fundamentais como “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social”. Segundo o mesmo autor, “Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, e em alguns casos, não sobrevive.” (BULOS, 2015, p. 526)

André de Carvalho Ramos (2017, p. 63), por sua vez é feliz ao dizer que

Os “direitos individuais” consistem no conjunto de direitos cujo conteúdo impacta a esfera de interesse protegido de um indivíduo. Por isso, são também considerados como sinônimos de “direitos de primeira geração”, pois representam os direitos clássicos de liberdade de agir do indivíduo em face do Estado e dos demais membros da coletividade. Representam direitos tanto a ações negativas do Estado (abstenção de agir do Estado) quanto a ações positivas (prestações).

Na Constituição brasileira, são conhecidos também como sendo os direitos do “rol do art. 5º, no qual constam o direito à vida, liberdade, segurança individual, integridade física igualdade perante a lei, intimidade, entre outros.[...].

Em nosso ordenamento, tais disposições protecionistas mínimas da pessoa se encontram arroladas no art. 5º, CF; e seguintes, no que se inclui o art. 7º, CF. Uma conceituação adequada de garantias fundamentais da qual me filio refere-se a sua capacidade de efetivar o primado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Participando dessa corrente doutrinária, Mendes e Branco (2017, p. 131) destacam que

Vieira de Andrade, detendo-se ao tema, pretende que, em última análise, o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nisso estaria a fundamentalidade material dos direitos humanos.

E complementa,

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida [...]. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação de poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 131).

Diante do exposto não restam dúvidas de que o indivíduo humano, na visão antropocentrista adotada pela carta constitucional vigente, possui valor e dignidade em si mesmo, e que, a sociedade e as instituições têm como papel primordial fazer por efetivar os direitos fundamentais consagrados na carta magna, notadamente no art. 5º, CF, com vistas à em última análise garantir materialmente o primado da dignidade da pessoa humana.

Como não poderia deixar de mencionar, o princípio da proteção ao trabalhador e da prevalência da condição mais benéfica se encontra presente no *caput* do art. 7º, CF, e, em seu primeiro inciso (art. 7º, I) a mesma carta já promete uma proteção contra a despedida arbitrária, que infelizmente não chegou a ser materialmente aplicável por falta de norma regulamentadora.

2.2 DIREITOS DO TRABALHADOR À VIDA PRIVADA E A INTIMIDADE

A dignidade humana é fundamento da Constituição federal, prevista no art. 1º, III. Sua principal atribuição para esse trabalho é a capacidade de dar efetividade aos direitos fundamentais consagrados na carta magna, especialmente a disposição prevista no art. 7º, I, que garante a estabilidade no emprego, e também a dignidade do trabalhador nas condições de subordinação e hipossuficiência que se encontra na relação laboral.

Os direitos fundamentais, como é sabido, não podem ser analisados individualmente. Compõe na verdade um conjunto normativo que somente pode ser analisado interpretando-se o ordenamento jurídico como um todo.

A intimidade e a vida privada encontram-se, respectivamente, no corpo do próprio art. 5º, CF. Contudo, antes de expor os incisos propriamente, cabe ressaltar que tais direitos visam, nada mais nada menos, do que a disposição pormenorizada dos direitos “macros” encontrados no *caput* do art. 5, CF que dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. Afinal, a liberdade é um princípio que inegavelmente por seu próprio valor axiológico engloba os princípios da intimidade e da vida privada.

Pois bem, partindo-se para uma análise da intimidade e vida privada, o art. 5º, X dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

peçoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

2.3 LIMITES DO EMPREGADOR NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

No presente trabalho já buscou-se demonstrar a necessidade de proteção à intimidade e vida privada do trabalhador, através da limitação do poder diretivo do empregador na utilização de meios de controle virtuais.

De acordo com Michel Carlos Rocha Santos e Michelly Cardoso Miranda (2017, p. 4), “para implementar mecanismos eficazes de proteção ao trabalhador, necessário aplicar a horizontalização dos direitos fundamentais na relação de emprego, como meio de respeito à dignidade humana em todos os seus campos e desdobramentos”

Afinal, o ser humano é dotado de direitos mínimos intrínsecos à sua existência, o que pode ser entendido como reflexo do conteúdo do princípio da dignidade humana, bem delimitado nas palavras de Mendes e Branco:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida a singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 315- 316).

Claramente, a dignidade da pessoa humana é o postulado fundamental Constituição Federal de 1988. Mais, mais do que isso, é ela quem promove o ensejo e aplicação ao princípio da proteção, base do Direito do Trabalho contemporâneo.

A intimidade e a vida privada também são direitos fundamentais que possuem base axiológica na dignidade da pessoa humana. Partindo-se dessa premissa é possível encontrar limites principiológicos na relação empregatícia com fundamento principalmente nos princípios supracitados.

Sabe-se que, a relação de emprego como conhecemos hoje é uma relação desigual, que necessita de um contrapeso que as instituições da Administração Direta buscam desempenhar. É o exemplo da normatização protecionista que abarca esse tipo de empregado, legislação esta que deve estar intimamente relacionada com os direitos fundamentais. Sobre isso, “O empregado, evidentemente, como sujeito da relação de emprego, é titular de direitos da personalidade, os quais devem ser respeitados na esfera do contrato de trabalho, em especial pelo empregador. (BARROS, 2009, p.25)”.

Embora os direitos da personalidade tenham a sua origem doutrinária e normativa no Direito Civil eles são plenamente aplicáveis nas relações de trabalho, em especial no âmbito do vínculo de emprego. (GARCIA, 2017, p. 325)

O poder de direção é previsto no art. 2.º, *caput*, da CLT, podendo ser conceituado como aquele que autoriza o empregador a organizar, controlar e disciplinar a prestação de serviços pelo empregado, a qual ocorre, assim, de forma subordinada. (GARCIA, 2017, p. 325)

Alguns autores entendem que tal poder decorre do instrumento do contrato de trabalho, onde o trabalhador se sujeita a uma situação de subordinação jurídica ao empregador e naturalmente se submete ao controle.

Contudo, esses mecanismos não podem interferir nas suas relações pessoais e íntimas, ou seja, o empregador não possui a prerrogativa de interferir na vida privada e intimidade do empregado, tampouco prejudicar o pleno gozo desses direitos. (SANTOS; MIRANDA, 2017, p. 99)

Cabendo ressaltar que o poder de direção não é ilimitado, mas deve ser exercido conforme os parâmetros estabelecidos nas normas constitucionais e legais, bem como em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores. Com o avanço das tecnologias da informação, a vida do empregado foi sendo cada vez mais fácil de ser vigilada. Por isso, o tema encontra óbice frontal com direitos e garantias consagrados constitucionalmente.

Essa situação levanta um verdadeiro e quase insolúvel desafio à privacidade já que através destas inovações tecnológicas é possível executar quase de forma ilimitada, o recolhimento e o tratamento de informações pessoais, associadas a uma enorme rapidez de acesso através dos computadores, a que acresce a circulação informacional em moldes quase inimagináveis. (ESTRADA, 2016, p. 54)

Diante do exposto não restam dúvidas de que as novas tecnologias proporcionaram maior controle patronal diante do trabalhador. Os meios telemáticos possuem, neste viés, caráter bivalente: na mesma medida em que permitem maior controle por parte do empregador, promovem também maiores limitações ao exercício de direitos fundamentais por parte do trabalhador.

CAPÍTULO 3 - LIMITES DO PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR À INTIMIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

3.1 IDENTIFICANDO A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR

3.1.1 Técnica de Ponderação de Princípios Fundamentais

O estudo da ciência jurídica contemporânea não pode ser feito sem a observância da macroestrutura hermenêutica entre regras e princípios em nosso sistema jurídico. Tendo em vista que o antigo modelo romano de legislar, juntamente com o sistema jurisprudencial inglês e combinado com a inevitável lacuna jurídica inerente às sociedades em constante mutação, as normas constitucionais, juntamente com a doutrina moderna - com o intuito de tornar o sistema legislativo ainda mais complexo (e completo) - adotaram um sistema de regras e princípios.

Grosso modo, as regras e os princípios são diferenciados porque as regras são aplicadas na medida do tudo ou nada, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso. Segundo Mendes e Branco (2017, p. 79):

Quando se trata de estrear regras e princípios, porém é bastante frequente o emprego do critério da generalidade ou da abstração. **Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras.** Próximo a esse critério, por vezes se fala também que a distinção se assentaria no grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma. **Os princípios corresponderiam às normas de carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.** (grifo nosso)

Existe logicamente pertinência jurídica pragmática para tal diferenciação. Em suma análise, as regras jurídicas não são suficientes para a completeza da sociedade. Explico. Não seria possível estar a todo o tempo normatizando todos os tipos de condutas imagináveis que podem ser praticadas por um ou mais indivíduos dentro de todo o complexo inesgotável das relações humanas. Além disso, a sociedade

muda e transforma-se em velocidade assustadora, capacidade plástica essa que acaba por promover uma mudança social tão veloz que ultrapassa; vai muito além do que o processo legislativo (e a vontade política) é capaz de normatizar.

Nesse passo, sabe-se que o magistrado não se exime de decidir uma pendenga alegando obscuridade ou não normatização, no caso, regras, no ordenamento jurídico. Esse entendimento, inclusive, encontra-se normatizado no art. 140 do Código de Processo Civil, que assim diz “art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único: O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”.

Portanto, investido de jurisdição, deve o magistrado resolver os conflitos postos a sua análise independentemente de haver regra legislada ou não. Nesse ponto, quando não existem regras jurídicas a serem aplicadas sob o modelo de subsunção (modelo de chave e fechadura), surgem-se os princípios, que, por sua vez, atingem outro patamar do direito positivo, extremamente mais complexo por sua própria natureza, e que justamente pela alta abstração já retratada por Mendes e Branco, exige argumentação jurídica e técnica muitíssimo mais elevadas do que o outro modelo de mera subsunção.

Assim sendo, devido a essa dimensão marcada pelo subjetivismo e argumentação jurídica, o magistrado deve direcionar seu pensamento de maneira a persuadir seu interlocutor de seu raciocínio e, só assim, poderá resolver os chamados pela doutrina de Marshall de “*hard cases*”.

Tal discussão mostra-se de suma importância, vez que as penalidades a serem aplicadas pelo empregador ao empregado no exercício do poder disciplinar não encontram positivação na CLT de maneira clara e precisa, como ocorre no direito penal. Essa situação coloca o julgador em situação delicadíssima, vez que as condutas que podem gerar uma justa causa não estão devidamente tipificadas no corpo do art. 482, CLT. Tal imprecisão legislativa, repito, do que poderia ser ou não um motivo de justa causa chega ao ponto de trazer verdadeira colisão de princípios fundamentais que serão a todo momento tragos ao judiciário a respeito da justa causa e que deverão ser resolvidos a partir de princípios. Levando-se em conta o

exposto e a pertinência principiológica, Luciano Martinez (2016, p. 264) acertadamente entende que:

Perceba-se que, em rigor, o Judiciário não deve adequar uma penalidade ao nível que considerar justo, haja vista o respeito ao direito de o empregador dosar a pena aplicável em caso de transgressão de seu contratado. **Entretanto, como todo direito é potencialmente suscetível de abuso, a Justiça pode, obviamente, redimensionar a penalidade quando identificar que o patrão atuou de modo desproporcional** (grifo nosso.)

Luciano Martinez, *data* vênua, tecendo o comentário supra não disse nada além do óbvio. Afinal de contas, trata-se de um direito potestativo do empregador aplicar a justa causa, esta, em um primeiro momento sem qualquer intermédio do judiciário. Contudo, logicamente essa “libertinagem” por parte do empregador possui limites que se esbarram frontalmente aos direitos fundamentais do próprio empregado, como é o direito ao trabalho digno e até mesmo aos seus direitos da personalidade quando tal rescisão for injusta e provocada por mera discriminação ao empregado. Motivos estes que destoam o instituto trabalhista da justa causa.

Nesse ponto, o judiciário possui papel fundamental de intermédio de tal relação entre empregado e empregador, podendo, inclusive, nos casos onde a justa causa não for a medida mais adequada deferir a reintegração do empregado em seu emprego, sem falar, claro, de possível indenização por danos morais, com fundamento nos direitos da personalidade do empregado e no evidente dano que este certamente sofreu ao ter uma punição injusta, seja pela desproporcionalidade, seja pela verdadeira discriminação mascarada por uma justa causa.

Pois bem.

Mas como seria possível sopesar em um caso concreto um princípio sobre o outro? Para esse tipo de conflito inerente à realidade fática entre normas principiológicas, a doutrina alemã, capitaneada por Robert Alexy desenvolveu uma teoria capaz de trazer tecnicismo a tais conflitos de normas princípios quando as normas regras não dão conta de solucionar o conflito judicial. Tal autor, em curtas palavras, foi o verdadeiro precursor dos embates jurídicos-principiológicos. Por isso, a análise de

sua teoria é imprescindível para o debate. Inicialmente, mostra-se oportuno trazer os ensinamentos do Alexy à luz dos ensinamentos dos Professores Mendes e Branco:

Alexy também fala nos princípios convivendo no mundo normológico com as regras. Para ele, **princípios e normas configuram as pontas extremas do conjunto das normas, mas são diferentes – e a distinção é tão importante que Alexy a designa como “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”**

Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre elas apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin -, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real). (ALEXY, apud, MENDES; BRANCO, 2017, p. 81)

Segundo os estudos de Robert Alexy, as regras jurídicas devem ser harmonizadas com os princípios jurídicos, como já foi apresentado. Contudo, a parte mais interessante dos estudos de Robert Alexy refere-se a sua teoria sobre o conflito entre princípios. Para ele, a distinção entre regras e princípios salta aos olhos quando há colisão entre regras e colisão entre princípios.

Quando há uma colisão entre regras, em resumo, uma deve ser totalmente aplicada ao caso, enquanto que a outra não deve ser aplicada. Nesse ponto, para solucionar um conflito travado apenas entre regras, utiliza-se cláusulas de exceção como os critérios de especialidade, temporal, e hierárquico (ALEXY, 2015, p.93). Assim, um conflito entre regras pode ser solucionado de maneira simples e objetiva quando comparado aos conflitos envolvendo princípios.

Os princípios, diferentemente das regras, devem ser solucionados de maneira diversa. Quando há colisão entre dois princípios, um princípio irá ser “superior” ao outro naquele determinado caso concreto. Contudo, ainda que um princípio tenha que ser suprimido em nome de outro preponderante em determinado caso concreto, aquele princípio que foi suprimido não irá ser declarado inválido pelo ordenamento jurídico. Deste modo, o que realmente acontece é a prevalência de um princípio em face de outro em determinado caso concreto (ALEXY, 2015, p.93).

Ainda sobre isso, como pela própria natureza jurídica dos princípios ser plástica e sujeita a diversas interpretações distintas, a argumentação jurídica tem forte papel na aplicação principiológica nos casos concretos. Destarte, quando o assunto se refere a princípios, a interpretação e o tecnicismo jurídico mostra-se diferenciado, devendo ser mais criterioso:

Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisto consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer.

A ilustração dessa teoria pode facilitar a sua compreensão. Figure-se o exemplo de um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão com o direito fundamental à privacidade que ocorrerá se um jornalista desejar expor dados pessoais de alguém numa reportagem. Os dois direitos têm índole de princípios, eles não se diferenciam hierarquicamente, nem constituem uma exceção do outro. Muito menos se há de cogitar resolver o atrito segundo um critério cronológico. O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução das antinomias. **Ao contrário, terá que ser apurado, conforme o caso, qual dos dois direitos apresenta maior peso.** [...] (MENDES; BRANCO, 2017, p. 81)

Ultimando o exposto, em síntese de todo o supra, os direitos fundamentais estão presentes em nossa carta magna como comandos de otimização. Normas jurídicas, segundo a doutrina alemã é um gênero que comporta regras e princípios. Enquanto as regras são de fácil aplicação prática por conta de sua precisão e modelo de chave e fechadura, os princípios são de indubitável maior dificuldade do aplicador do direito, vez que por não apresentarem subsunção imediata, exigem técnicas de ponderação de princípios, onde um irá prevalecer sobre o outro.

A justa causa celetista encaixa-se nos “*hard cases*” até agora mencionados. Afinal, condutas descritas no art. 482, j) “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”. O que seriam afinal ato lesivo da honra contra o empregador que poderia dar ensejo a penalidade tão grave contra o empregado?

Tal discussão mostra-se ainda mais interessante quando se sabe que o ato lesivo da honra e boa fama do empregador pode ser praticado ainda fora do ambiente de

trabalho. Nesse sentido preconiza Bezerra que Leite (2017, p. 553), “No que tange ao ato praticado contra qualquer pessoa é preciso que o seja dentro do ambiente de trabalho. Quanto ao ato lesivo à honra e boa fama do empregador ou superiores hierárquicos, a justa causa pode ocorrer mesmo fora do ambiente de trabalho” e repercutir em justa causa. Nesse ponto cabe verdadeira indagação sobre até onde o empregador poderá adentrar na vida privada do empregado em redes sociais como o facebook e até que ponto a medida “justa causa” poderá ser a adotada.

3.1.2 Dos direitos à honra do empregador e Direitos Fundamentais à intimidade e liberdade de expressão do empregado

A sociedade, em constante processo de mutação, promove também a transformação da ordem jurídica e da aplicação prática dos institutos jurídicos. Os princípios, como já foi trabalhado outrora, desenvolvem papel fundamental nessa balança que exige tênue equilíbrio entre a aplicação da norma jurídica e a garantia de direitos fundamentais no caso concreto sob pena de injustiça.

No que tange à justa causa, os meios tecnológicos têm tornado a vigilância cada dia mais presente na esfera laborativa. Atualmente, os empregados muitas vezes trabalham somente em frente aos computadores ou são vigiados por câmeras, situação muito distinta daquelas vistas nas fábricas do Séc. XVIII.

Não é difícil encontrar empregados que a todo o momento, no ambiente de trabalho, são vigiados em todos os seus atos laborais, seja por aplicativos instalados nos próprios instrumentos de trabalho (computadores), seja pelo uso massivo de câmeras. Nesse sentido, o debate doutrinário sobre esses limites no ambiente laboral vem se tornando cada vez mais acalorado.

Corroborando com esse entendimento Luciano Martinez (2016, p. 262),

A despeito disso e de todas as controvérsias que envolvem o uso de algumas tecnologias de vigilância e de 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”.

Quanto ao empregador, que pode ser tanto uma pessoa jurídica como uma pessoa física, já existe entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que, os entes desprovidos de espírito e humanidade também possuem direitos à personalidade. Nesse sentido Mendes e Branco expõe: (2017, p. 157):

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por preferência pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por natureza, de seres exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Os direitos fundamentais à honra e à imagem, ensejando pretensão à reparação pecuniária, também podem ser titularizados por pessoa jurídica. O tema é objeto de súmula do STJ, que assenta a inteligência de que também a pessoa jurídica pode ser vítima de ato hostil a sua honra objetiva. A súmula 227/STJ consolida o entendimento de que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Posicionando-se da mesma forma, Cristiane Maria Freitas de Mello (2015, p. 34), entende que a discussão acerca dos direitos acima elencados para pessoas jurídicas é indiscutível, uma vez que não há um impedimento invencível sobre o tema na própria Constituição Federal. Por isso, tais direitos podem ser exercidos por pessoas jurídicas, como o próprio direito de resposta, etc.

Nesse ponto, ainda que o empregador tenha *jurisprudencialmente*, indubitáveis direitos da personalidade, como a própria honra, também é mister lembrar que o empregador também detém verdadeiro poder de fiscalização sobre seus empregados e que tal poder decorrente do poder empregatício deve possuir limites.

Afinal, Segundo Bezerra Leite (2017, p. 59), “Nas relações jurídicas tuteladas pelo direito do trabalho, o trabalhador é o natural titular dos direitos de personalidade. Afinal, os destinatários dos direitos fundamentais sociais são os trabalhadores e não o empregador (CF, art. 7º).”

O empregado, como pessoa humana que é, deve ter direito a um verdadeiro descanso e livramento do ambiente laboral, inclusive em respeito à sua saúde física e mental. Contudo, diante dos recursos tecnológicos, esses afastamentos da

vigilância do empregador têm se tornado cada vez mais difíceis. Santos e Miranda (2017, p. 96), em ensaio sobre os efeitos da era digital no ambiente trabalhista já previam situações como essa descrita, ao dizer que “os avanços tecnológicos levam a uma maior possibilidade de interferência nos relacionamentos pessoais do empregado, situações às vezes não ligadas ao ambiente de trabalho ou às tarefas que deva cumprir em razão do vínculo de subordinação do contrato de trabalho”.

Isso acaba por dificultar, cada vez mais a integração do empregado com o ambiente externo ao ambiente laboral, até porque segundo os mesmos autores:

Em decorrência do contrato de trabalho o trabalhador se coloca em situação de subordinação jurídica perante seu empregador, passando, naturalmente, a tolerar mecanismos de controle, gestão e fiscalização do empregador. Contudo, esses mecanismos não podem interferir nas suas relações pessoais e íntimas, ou seja, o empregador não possui a prerrogativa de interferir na vida privada e intimidade do empregado, tão pouco prejudicar o pleno gozo desses direitos. (SANTOS; MIRANDA, 2017, p. 96)

O que temos nesse caso é um verdadeiro conflito entre os direitos à personalidade do empregador, notadamente a sua honra e, de outro lado, temos o empregado, que almeja direito à vida privada, sem interrupções e vigilâncias do empregador a todo tempo.

Levando-se em consideração as questões apresentadas, diversos dissídios passaram a surgir em âmbito nacional, especialmente no que tange as regras de aplicação da justa causa.

Diante de tantos conflitos envolvendo as novas temáticas surgidas em decorrência da era digital, o Tribunal Superior do Trabalho vem proferindo, paulatinamente, decisões que começam a balizar os limites de onde o empregador pode dirigir o seu poder disciplinar para buscar condutas que entende como hipóteses ensejadoras uma de justa causa.

Recentemente (31/05/2017), a Ministra Maria Helena Mallmann julgou uma causa onde um empregado, fazendo postagens de baixo calão em seu perfil privado no *facebook* ensejaram uma justa causa pela conduta de mau procedimento, prevista no art. 482, b, clt., cuja ementa foi a seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014.

JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. FACEBOOK. POSTAGEM OFENSIVA À EMPRESA E AO SUPERIOR HIERÁRQUICO. O Tribunal Regional, acostado no acervo probatório delineado nos autos de forma robusta e contundente, reputou válida a dispensa por justa causa do reclamante por mau procedimento, decorrente de postagem ofensivas no facebook à empresa e ao superior hierárquico. Está configurada a falta grave ensejadora da justa causa por mau procedimento prevista no art. 482, "b", da CLT, tendo em vista que o conteúdo probatório delineado nos autos não deixa dúvida quanto à conduta praticada pelo reclamante. **Agravo de instrumento a que se nega provimento.**

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista Interposto na Vigência da Lei Nº 13.015/2014. Justa Causa. Mau Procedimento. Facebook. Postagem Ofensiva À Empresa e Ao Supervisor Hierarquico nº 423-90.2015.5.12.0028. Relator: MARIA HELENA MALLMAN. Brasília, DF, 31 de maio de 2017. Brasília, 01 jun. 2017.)

Por bem do presente trabalho, mostra-se de suma importância a transcrição completa do voto, que compreende o entendimento da magistrada para posterior análise do posicionamento atual do mais alto tribunal trabalhista do país:

1 – JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. FACEBOOK. POSTAGEM OFENSIVA À EMPRESA E AO SUPERIOR HIERARQUICO.

O Tribunal Regional da 12ª Região, no que concerne ao tema destaque, consignou: "JUSTA CAUSA. ATO DE MAU PROCEDIMENTO (...) Sem razão o recorrente. A dispensa por justa causa demanda prova de falta muito grave cometida pelo empregado, a ponto de ensejar a aplicação da pena máxima que pode ser imposta ao trabalhador. **Há, nos autos, prova suficiente da má conduta praticada pelo autor, consistente em postagens de comentários desrespeitosos e ofensivos para com a empresa e o superior hierárquico.**

Os documentos juntados ao ID ba0345b comprovam o ato desabonador de conduta praticado, quando o autor escreve, em seu perfil na rede social "Facebook", o seguinte: "Bomm Diaa faces!!!! #15diasdeatestado #chupaavilmarkk #aceitaqdoimenos #chupaaaa"

Na sequência, outros vários comentários desrespeitosos foram feitos na mesma publicação, pelo autor e por terceiros, os quais deixo de transcrever nesta decisão ante o caráter de extrema baixaria que apresentam. Sérgio Pinto Martins, em sua obra Comentários à CLT, esclarece que o mau procedimento consiste em uma "atitude irregular do empregado, incompatível com as regras a serem observadas pelo homem comum perante a sociedade". (Editora Atlas S.A. 9ª edição. São Paulo, 2005. Pág. 522).

Nesse sentido, entendo plenamente configurada a ocorrência de justa causa por mau procedimento, consoante disposto no art. 482, "b" da CLT. Não prospera a argumentação de que foram comentários postados em rede privada. **Ora, como todos bem sabem, os perfis de redes sociais da internet, ainda que possuam certas restrições, podem muito bem ser acessados e visualizados por grande número de pessoas,**

especialmente amigos e colegas próximos, dentre eles colegas de trabalho, situação em que as ofensas perpetradas repercutiram sim, e de forma negativa, no ambiente de trabalho.

De igual forma, não se sustenta a afirmação de que o reclamante não teve intenção de ofender ou desrespeitar a empresa ou qualquer colega de trabalho. Isso cai por terra pela simples leitura das postagens feitas. Se não houvesse nenhuma intenção de ofender, por certo o autor não teria feito o que fez, ou teria o mínimo de cuidado nas palavras utilizadas.

Por fim, quanto à argumentação de não observância da gradação das penalidades, entendo que o fato narrado demonstra a completa insatisfação do trabalhador com o vínculo laboral e que este buscou claramente ofender o PROCESSO Nº TST-AIRR-423-90.2015.5.12.0028 Firmado por assinatura digital em 01/06/2017 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. superior hierárquico e subverter a ordem no ambiente de trabalho, inclusive pelos comentários de outras pessoas na postagem realizada, situação esta capaz de gerar a quebra da confiança que deve nortear a relação de emprego, o que autoriza a aplicação da demissão por justa causa, independentemente de prévias advertências ou suspensões. Por todo o exposto, nego provimento.

O reclamante insurge-se contra o acórdão regional. Aponta violação ao art. 5º, IV, X e IX, da CF/1988; art. 482 “b” e “j” da CLT. Transcreve arestos ao confronto de teses. Análise. O Tribunal Regional, acostado no acervo probatório delineado nos autos de forma robusta e contundente, reputou válida a dispensa por justa causa do reclamante por mau procedimento, decorrente de postagens ofensivas no facebook à empresa e ao superior hierárquico. No caso vertente, entendo estar configurada a falta grave ensejadora da justa causa por mau procedimento prevista no art. 482, “b”, da CLT, tendo em vista que o conteúdo probatório delineado nos autos não deixa dúvida quanto à conduta praticada pelo reclamante. Incólumes os arts. 5º, IV, X e IX, da CF/1988 e 482, “b” e “j”, da CLT. Pelo exposto, correta a negativa de seguimento à Revista, nego provimento ao agravo de instrumento. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento. Brasília, 31 de maio de 2017.

Mostra-se de grande importância a temática suscitada pelo recorrente. Alegou ele que o perfil de sua conta na rede social “facebook” era privada, e que conforme os artigos 5º, IV, X e IX, não deveria o empregador ter o direito de violar sua intimidade nas redes sociais.

No que pese os argumentos do empregado, no entendimento desse autor a aplicação da penalidade pela empregadora e o entendimento do TST mostra-se correto, vez que notadamente as postagens atingem não só as pessoas que com o trabalhador possuem permissão para ver as mensagens, mas também todos aqueles que de qualquer modo tiverem conhecimento dos insultos perpetrados pelo obreiro. As ofensas, a partir do momento em que chegam ao conhecimento do

empregador e de seu superior hierárquico já passam a afetar a esfera íntima desses indivíduos que, como exposto, possuem direitos da personalidade.

Outro entendimento importante trata da figura do empregador diante da sociedade. O empregado, na visão de grande parte da doutrina, mesmo fora do ambiente de trabalho representa em partes o empregador. Nesse ponto de vista, posiciono-me de forma diferente, *data venia*, do respeitoso TST. Afinal, o empregado tem o direito de fazer o que melhor atender a seus interesses quando está fora do ambiente de trabalho. Poderia, de modo distinto, o TST ter aplicado sanção por lesão à honra do empregador, e não por mau procedimento.

Em outro julgado, no mesmo sentido manifestou-se o TST no sentido de que o alcance das mídias sociais é altíssimo, e que o empregado, ainda que não cite nome dos empregadores e da empresa, ao manifestar-se de maneira a denegrir a imagem da empresa ou empresário empregador enseja a aplicação da justa causa pela quebra da fidúcia entre o empregador e o empregado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA (SÚMULA 126/TST). DISPENSA IMOTIVADA. PROJEÇÃO DO AVISO PRÉVIO. INTEGRAÇÃO DO VALE-ALIMENTAÇÃO. DANO MORAL. ANÁLISE CONJUNTA E SUCESSIVA. PREJUDICIALIDADE. O Tribunal Regional do Trabalho, com base nas circunstâncias fático-probatórias, concluiu que não houve ilegalidade na aplicação da pena de dispensa por justa causa. Destacou a Corte Regional que "... a reclamante, utilizando-se da rede social denominada FACEBOOK, cometeu atos contrários à ética que se espera de todo empregado." e que "... a autora postou em seu perfil no FACEBOOK mensagens ofensivas, utilizando palavras de baixo calão, denegrindo a imagem da reclamada, e não se limitando aí, mas ofendendo até mesmo os clientes da drogaria.". Destacou, ainda, que, em sendo grave o ato praticado pela Reclamante, a aplicação direta da pena de dispensa foi conduta razoável e escorreita. Assim, para se acolher a principal pretensão recursal da Agravante – no sentido de que a justa causa foi aplicada de forma indevida, sem a comprovação dos fatos ensejadores e sem observância à gradatividade na aplicação das penas-, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado nesta instância recursal, conforme a diretriz consubstanciada na Súmula 126/TST. As demais pretensões recursais (integração do vale-alimentação ao período de aviso prévio indenizado e condenação em razão do suposto dano moral) ficam com a análise comprometida Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1001546533B5604C5B. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.2 PROCESSO Nº TST-AIRR-1649-53.2012.5.03.0007 Firmado por assinatura digital em 07/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. em razão da prejudicialidade. Agravo de instrumento não provido.

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista não Regido Pela Lei 13.105/2014. Reversão da Justa Causa (súmula 126, TST). Dispensa Imotivada. Projeção do Aviso Prévio. Integração do Vale-alimentação. Dano Moral. Análise Conjunta e Sucessiva. Prejudicialidade nº 1649-53.2012.5.03.0007. Brasília, 7 dez. 2016.)

Nesse diapasão apresentadas as jurisprudências pátrias é possível então vislumbrar um posicionamento que, paulatinamente vem aparecendo nos acórdãos do tribunal de maior instância trabalhista no país. Em um primeiro momento, o sopesamento dos valores de liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana vêm sendo construído pela jurisprudência nacional, com as devidas cautelas de equilíbrio e relevância que devem possuir tais julgados.

3.2 PODER DISCIPLINAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Para que seja possível ao juiz proferir qualquer decisão em um Estado Democrático de Direito, é mister que ele esteja amparado na razão, na técnica e no poder atribuído ao magistrado. Não obstante os debates que se mostram presentes na doutrina e os já apresentados julgados do colendo TST, não é possível fazer uma análise profunda da teoria dos princípios sem um apanhado de conhecimentos que possam tornar o estudo dos princípios um pouco mais objetivo.

Com este trabalho, as postagens do empregado nas redes sociais são objeto de estudo precípua. A colisão existente entre os direitos fundamentais à honra do empregador, o seu direito de imagem e a liberdade de expressão do empregado, bem como o seu direito de resistência, são problemas que devem ser solucionados na base de princípios, especialmente porque não existe tipificação legal atinente e conglobante no art. 482, CLT que supõe uma taxatividade que na realidade é plástica.

Sabe-se com certeza que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram expressos no texto constitucional, eles são, na verdade, princípios gerais do direito que podem e são aplicados no cotidiano da vida forense.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 298), “Embora sejam implícitos, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tem apontado como sede material expressa desses princípios o postulado do **devido processo legal** (CF, art. 5º, LIV)”

Seja como for, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade implicam em um posicionamento por parte dos julgadores que devem levar em conta valores sociais, jurídicos e de proporcionalidade em sentido estrito na aplicação das leis às condutas discriminadas.

Assim, para que os julgadores tomem suas decisões de forma racional, especialmente nos chamados “*hard cases*” tratados em tópico anterior mostra-se imprescindível o conhecimento e aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade nos mais diversos casos que já apareceram e podem vir a aparecer na seara trabalhista.

Como forma de criar critérios objetivos para resolver pendengas de colisão entre princípios jurídicos, que, ao se relacionarem podem se tornar incompatíveis entre si, Robert Alexy, criou uma lei de colisão destinada a resolver esses conflitos de normas principiológicas através da ponderação de tais princípios. (ALEXY, 2015, p. 94)

A lei de colisão de Alexy parte de uma premissa de que todos os princípios constitucionais se encontram em mesmo grau hierárquico. Desse modo, no caso concreto os princípios terão diferentes graus de peso, portanto, deverão ser sopesados. Assim, na análise de precedência devem ser verificadas as consequências fáticas e jurídicas que a aplicação de cada Princípio acarretará no caso a ser examinado, o que levou Alexy a desenvolver o Critério de Proporcionalidade que possui três fases distintas (ALEXY apud BRANCO, 2006, p. 89).

Desse modo, a regra de proporcionalidade segundo Alexy envolve três fases distintas que foram didaticamente descritas por Ana Paula Tauceda Branco a ponto de merecer, por bem, transcrição completa:

- 1) adequação: ao analisar as possibilidades fáticas que envolvem dada colisão, não deve haver desvio da real finalidade de cada um dos princípios em exame;
- 2) necessidade: em seguida, propõe que se indague se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o meio empregado foi o mais benéfico e menos restritivo ao indivíduo;
- 3) proporcionalidade: por fim, em permanecendo a colisão, ela há de ser resolvida através de duas “leis de ponderação”, sendo que:
 - 3.1) a 1ª lei de ponderação é atinente à relação “custo-benefício” entre a escolha por um Princípio em detrimento do outro e as consequências jurídicas que tal resolução irá acarretar, diagnosticando-se qual é mais razoavelmente importante para o caso concreto;
 - 3.2) a 2ª lei de ponderação é baseada na análise da dimensão de intervenção num Direito Fundamental que, quanto maior for, maior também devem ser os fundamentos que justificam a adoção de dada medida para a resolução da Colisão. (ALEXY apud BRANCO, 2006)

Nesse entendimento, defende-se a solução do caso concreto, com fim de tutela do direito fundamental prevalente, sem supressão total dos demais direitos fundamentais envolvidos. Ao exercer a ponderação principiológica por Alexy, a colisão será solucionada levando-se em conta o peso de cada princípio no caso concreto, quando um direito irá prevalecer em detrimento de outro, ou esse mesmo direito sofrerá mais ou menos constrição, tendo em vista a situação apresentada no caso concreto submetido à análise. (ALEXY apud MELLO, 2015, p. 99)

Atentando-se a tudo o que foi dito por Robert Alexy e a doutrina, o novo Código de Processo Civil trouxe expressamente no capítulo referente aos seus princípios básicos o que já havia sendo aplicado como medida excepcional a longa data. O art. 8º, CPC, assim dispõe:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Promovendo ainda mais ênfase na aplicação consolidada da doutrina alemã acima exposta, no que tange à sentença, novamente o CPC inovou ao trazer em seu art. 489, §2º que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
 § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

E ainda, para sanar qualquer dúvida sobre a aplicação de tal critério de proporcionalidade na seara trabalhista, oportuno trazer ainda a transcrição do texto da Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: IX - art. 489 (fundamentação da sentença);”

Ante o exposto, deve o julgador ser criterioso na aplicação em maior grau no caso concreto de um princípio em detrimento do outro. O julgador deve se atentar para os eventuais efeitos de sua decisão, para que nenhum princípio fundamental seja absolutamente abolido, bem como seu raciocínio deve estar congruente a ponto de justificar a medida a ser adotada em termos de restrição de um princípio em favor de outro.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS POR PARTE DO TRABALHADOR *VERSUS* PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR

A liberdade de expressão no uso das redes sociais, assim como todo direito previsto no ordenamento constitucional está balizado com princípios e critérios que devem ser observados para a adequada aplicação da justiça.

Como foi observado no amplo debate exposto no trabalho que envolve desde princípios até posicionamentos jurisprudenciais com estudos de casos concretos, o empregado possui liberdade para exercer seu direito de manifestação e posicionamento nas redes sociais, mas desde que amparado por um motivo justo, e que esse motivo justo não venha a causar prejuízos desproporcionais ao empregador e à relação de fidúcia que existe entre empregador e empregado.

Sabe-se também que a liberdade de expressão do empregado, adaptado à pluralidade de formas de desenvolvimento dos direitos e sua manifestação acaba

por ampliar a dimensão subjetiva de liberdade, o que permite maior possibilidade de exteriorização pelo indivíduo de sua opinião, razão pela qual a liberdade de expressão torna-se instrumento das demais liberdades (MELLO, 2015, p. 65).

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado na carta magna de constitui cláusula pétrea, conforme art. 60, §4º, CF, e que por isso não pode ser banida do ordenamento, mas sim executada em conformidade com a lei.

Do estudo jurisprudencial apresentado, o tema, ainda que de grande relevância para a vida laboral no Brasil ainda não encontra pacificado nos tribunais brasileiros, e nem ainda se sabe ao certo qual o destino que podem tomar as próximas decisões dos tribunais trabalhistas. Sabe-se, entretanto, que hoje a situação ainda se mostra confusa, com os próprios tribunais não chegando a um consenso.

De nossa parte, uma conduta praticada nas redes sociais que pode ensejar uma justa causa, com base nos princípios de direito de resistência e liberdade de expressão do empregado em uma relação empregatícia seria aquela que permite o exercício constitucional de direitos por parte do empregado sem que atinja o empregador de forma indubitavelmente desproporcional.

Assim, a manifestação de pensamento e resistência do empregado contra determinadas condições de trabalho ou mesmo humilhações nas redes sociais deve estar amparada por um justo motivo por parte do empregado e, combinado a isso, a proporcionalidade da mensagem postada nas redes sociais, bem como a dimensão do prejuízo sofrido pelo empregador com aquela conduta – o que muitas vezes se torna subjetivo, como se observa de algumas decisões dos tribunais, já apresentadas em laudas pretéritas.

Como exposto acima, não é possível criar critérios objetivos do que seja um justo motivo por parte do empregado e nem mesmo o que seria a ausência de proporcionalidade por parte do empregador, mas é sim possível criar parâmetros mínimos, que ficam muito mais ilustrativos por meio de exemplos: Uma postagem feita pelo empregado, educadamente, reclamando que seu empregador não fez o pagamento do salário mensal até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido

quando não há estipulação contratual (art. 459, §1º, CLT), reclamando ainda esse empregado que possui contas a pagar e que o empregador não cumpriu com seu pactuado. De nossa parte, essa seria uma postagem justa, dentro do direito de resistência do empregado e que não dá direito ao empregador de aplicar uma advertência verbal que seja.

Contrariamente ao exemplo acima exposto, já apresentando outro exemplo, seria legítima uma justa causa aplicada quando o empregado, deliberadamente consegue um atestado médico falso, onde consta que este está acometido por grave doença – o que, frise-se é uma hipótese de interrupção contratual onde haverá pagamento de valores salariais, conforme o que dispõe o art. 473, CLT – e posta diversas fotos em local distante e paradisíaco com legendas de baixíssimo calão, com conteúdo de clara agressão gratuita a seu empregador.

Sobre tais hipóteses, já se manifestou o TRT-CE no mesmo sentido, em notícia publicada em 24.07.2014, no Processo n. 0000073-86.2013.5.07.0004. É de se ressaltar que no caso, que foi julgado favoravelmente ao empregado, o advogado da empresa teimou em peticionar no seguinte sentido: “na postagem, ele pôs uma foto da empresa, dizendo que os donos eram ladrões, que não tinha ninguém que prestava. Isso é calúnia, está previsto no código penal”. (MELLO, 2015, p. 84) Ou seja, o não pagamento de salários, no entendimento recente desse tribunal, é algo que, devido a ser a única fonte de sustento do empregado é capaz de gerar angústias muito severas, que legitimam comportamento como esse por parte do empregado.

Reclamar no *Facebook* do patrão que atrasa o pagamento de salários não é motivo para justa causa. Foi o que decidiram os desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Ceará ao julgar pedido de anulação da demissão feito por empregado da VIT Serviços Auxiliares de Transportes Aéreos. Com a decisão, a empresa terá que reverter a dispensa para imotivada e pagar ao funcionário verbas trabalhistas como aviso-prévio e FGTS, com multa de 40%.

A companhia defendia que as mensagens publicadas pelo auxiliar de serviços operacionais no *Facebook* teriam ferido a honra e a boa imagem da empresa. Além disso, afirmava que o empregado mentiu sobre o atraso dos salários e usou palavras de “baixíssimo calão” para ofender o empregador.

“A meu juízo, não constitui ato atentatório à honra e à boa fama do patrão denunciar em rede social do *facebook* estado de insolvência salarial da empresa, declarou o relator do processo, desembargador Cláudio Pires. Ele afirmou que a falta de pontualidade no pagamento dos salários retirou a credibilidade da empresa, permitindo o “desabafo” do empregado pelas redes sociais. O uso de palavras “chulas”, de acordo com o magistrado, foi apenas um protesto pelo atraso no pagamento da remuneração (MELLO, 2015, p. 84)

Desse modo, para o relator desse processo, as palavras utilizadas pelo empregado, ainda que de baixo calão não ensejavam uma rescisão tão prejudicial ao empregado, justamente porque existia um justo motivo, que para o entendimento do tribunal no caso foi o atraso no pagamento dos salários.

Como pode ser notado, nesse entendimento, foi verificado que o princípio do direito de crítica do empregado prevaleceu diante da honra e imagem do empregador, justamente por ser uma circunstância que de acordo com os julgadores, a manifestação exposta na rede social não seria uma medida desproporcional ao dano sofrido diante do caso apresentado.

Uma decisão nesse sentido é dotada de altíssimo nível de aprofundamento teórico jurídico, que deve ponderar princípios e agir ainda de acordo com a proporcionalidade adequada no caso concreto.

De modo semelhante, defendendo o direito de manifestação do empregado nas redes sociais, bem como a necessidade de haver comprovado prejuízo empregador na postagem de seu empregado, o TRT-DF, 10ª, em 2007, região proferiu no processo nº 742200701610000 o seguinte julgado, que pela didática e técnica jurídica merece transcrição completa:

JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. EMPREGADO QUE EMITE OPINIÃO SOBRE A EMPRESA VIA INTERNET. CONDUTA DO EMPREGADO FORA DO LOCAL DE TRABALHO ASSEGURADA PELA LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO. PREJUÍZO AO EMPREGADOR NÃO DEMONSTRADO. Tratando-se a justa causa da penalidade mais severa imputável a um empregado, manchando sua reputação e dificultando sua recolocação no mercado de trabalho, é mister a prova inconteste da prática do fato ensejador. Hipótese em que o empregado transmitiu sua opinião sobre a empresa via internet, fora do local de trabalho, conduta assegurada pela liberdade de opinião e de expressão, não tendo a empresa demonstrado o prejuízo direto decorrente de tal conduta nem a incompatibilidade com o prosseguimento da relação contratual.

(TRT-10 - ROPS: 742200701610000 DF 00742-2007-016-10-00-0 , Relator: Desembargador André R. P. V. Damasceno, Data de Julgamento: 24/10/2007, 1ª Turma, Data de Publicação: 31/10/2007)

Esse julgado acima transcrito demonstra o comprometimento dos julgadores do TRT-DF na aplicação de instituto tão delicado como a justa causa, que compromete a imagem do empregado perante a sociedade. Os julgadores, com razão, adotaram critérios de razoabilidade e proporcionalidade nas sanções a serem aplicadas ao empregado na medida em que criaram critérios de sopesamento de conduta e resultado.

Concordamos com o conteúdo do acórdão supra pois adotou critérios que permitiram a liberdade de expressão e opinião, que é um direito fundamental do trabalhador, juntamente com a capacidade de “consertar” a quebra da relação fiduciária existente entre empregado e empregador.

Ressalta-se que ao defender a liberdade de expressão e opinião, os julgadores acabaram por defender o direito de crítica do empregado, que pode ser materializado, inclusive, com críticas contra a própria empresa, assim como foi visto em tópico anterior.

A preservação do direito de crítica do empregado, desde que exercido nos limites legais, é vetor importantíssimo para a preservação e progresso do ambiente laboral saudável. Afinal, essa contraposição da crítica revela-se específica e geral do direito de opinião. Com a tutela do direito de crítica pelo empregado, o ordenamento jurídico trabalhista garante um específico aspecto da liberdade de expressão do pensamento, essencial para uma dialética democrática. (MELLO, 2015, p. 103).

Não obstante, o direito de crítica do empregado nas redes sociais deve se desenvolver para que seja garantida até mesmo uma função de denúncia do trabalhador a condições de trabalho ilegais ou inconstitucional. Afinal, ao denunciar uma conduta empresarial que realmente se encontra fora dos padrões legais, o empregado que muitas vezes não possui meios ou conhecimento pode manifestar-se por esses meios como verdadeiro pedido de socorro. Ademais, quando a empresa promove condutas ilícitas, é de interesse público o conhecimento de tais

práticas, até mesmo para direcionar as auditorias de trabalho nos focos de desrespeito aos ditames da legalidade.

Nesse sentido Cristiane Maria Freitas de Mello (2015, p. 105), adverte que “A questão é controversa, pois ainda se faz necessário discernir quais os limites que poderiam ser impostos ao empregado no tocante ao exercício de um direito constitucionalmente tutelado”.

Concluindo este tópico, na análise de conflito de normas fundamentais, os julgadores ao tomarem suas decisões sobre a aplicação do instituto da justa causa devem sopesar os direitos fundamentais em conflito, a ponto de preservar o núcleo essencial dos mesmos juntamente com juízo de proporcionalidade ao caso concreto.

CONCLUSÃO

O instituto da justa causa trabalhista é de extrema complexidade, especialmente porque o art. 482 da CLT não discriminou de maneira exaustiva as condutas que podem ensejar legalmente uma justa causa.

Essa insegurança jurídica acabou por promover um amplo debate jurídico acadêmico, mas com enormes repercussões práticas na vida de diversos trabalhadores que viram-se sendo dispensados por manifestações feitas em redes sociais.

Devido à plasticidade das condutas discriminadas e a complexidade do assunto, diversos tribunais pátrios se posicionaram de formas diversas quanto às condutas que podem gerar uma aplicação legal do instituto mais prejudicial ao empregado previsto no ordenamento trabalhista pátrio: a justa causa.

Diante do conflito de direitos fundamentais à intimidade do empregado que se vê vigiado em suas redes sociais, bem como sua liberdade de expressão restringida pela censura proporcionada pela ameaça de uma justa causa que não possui parâmetros jurisprudenciais claros, o trabalhador vê-se muitas vezes impossibilitado de exercer seus direitos fundamentais à liberdade de expressão, ainda que em seu perfil privado nas redes sociais, o que acaba por inviabilizar o primado da dignidade da pessoa humana no âmbito laboral. Consequência disso é a tomada da voz dos trabalhadores em seu direito de crítica.

Por outro lado, os empregadores sejam eles pessoas físicas ou jurídicas possuem também direitos fundamentais à honra e à imagem, que devem também ser protegidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Tendo em vista o conflito de princípios fundamentais, mostra-se inafastável a utilização da técnica de ponderação de princípios através da proporcionalidade, onde um princípio deve ter maior peso no caso concreto do que outro. Tal premissa,

inclusive, encontra-se prevista expressamente no CPC e possui aplicação ao processo trabalhista segundo à IN nº 39.

Contudo, ainda que diante dos fatos apresentados, diversos julgados ainda se mostram protecionistas ao direito de imagem do empregador em face do direito de crítica e expressão do empregado. Para tais entendimentos, é importante lembrar que o ordenamento jurídico pátrio possui como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e não das pessoas jurídicas, e que esse entendimento deve ser lembrado no momento de aplicação da dimensão de peso da técnica de Robert Alexy.

Finalmente, e respondendo ao problema apresentado, podemos concluir que todo direito fundamental em nosso ordenamento jurídico possui limites. O mesmo raciocínio não é diferente quando se trata da liberdade de expressão do trabalhador, que encontra tais limites nos os crimes contra a honra, que como critério de tipicidade devem ser condutas injustas. Desse modo, ao manifestar-se em sua rede social, privada ou não, ainda que seja uma manifestação do trabalhador que realmente possa causar prejuízo, é necessário buscar compreender se a manifestação está amparada por uma excludente de ilicitude que encontra respaldo no direito de crítica do empregado. Caso contrário, a dispensa será arbitrária.

Somente uma postura de segurança jurídica quanto ao exposto, praticada pelos aplicadores do direito trabalhista, poderá garantir que os direitos dos empregados sejam assegurados e que o progresso através da crítica possa ser alcançado, especialmente nas nova modalidades de manifestação em massa surgidas após a era digital.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A Colisão de Princípios Constitucionais e no Direito do Trabalho, Sob a Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana**. 2006. 157 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>> Acesso em: 20 set. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Decreto Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1942. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 30 de abril de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista Interposto na Vigência da Lei Nº 13.015/2014. Justa Causa. Mau Procedimento. Facebook. Postagem Ofensiva À Empresa e Ao Supervisor Hierárquico nº 423-90.2015.5.12.0028. Relator: MARIA HELENA MALLMAN. Brasília, DF, 31 de maio de 2017. Brasília, 01 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista não Regido Pela Lei 13.105/2014. Reversão da Justa Causa (súmula 126, TST). Dispensa Imotivada. Projeção do Aviso Prévio. Integração do Vale-alimentação. Dano Moral. Análise Conjunta e Sucessiva. Prejudicialidade nº 1649-53.2012.5.03.0007. Brasília, 7 dez. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Prova Ilícita. E-mail Corporativo. Justa Causa. Divulgação de Material Pornográfico. nº 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013. Brasília, 10 jun. 2005.

_____. Tribunal Superior do Trabalho 10ª Região. Justa Causa. Mau Procedimento. Empregado Que Emite Opinião Sobre A Empresa Via Internet. Conduta do Empregado Fora do Local de Trabalho Assegurada Pela Liberdade de Opinião e Expressão. Prejuízo Ao Empregador Não Demonstrado nº 742200701610000. Brasília, DF, 24 de outubro de 2007. Brasília, 31 out. 2007.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Justa Causa. Gradação da Penalidade. Desnecessária. Gravidade da Falta nº 00003335620155170121. Relator: CLAUDIA CARDOSO DE SOUZA. Vitória, 06 abr. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2017.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. O Comércio de Dados Pessoais dos Trabalhadores Pelas Empresas de Tecnologias e Pelos Governos Através da Invasão da Privacidade e da Intimidade. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 172, p.35-54, Nov. - Dez. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Comunicação Eletrônica de Mensagem e Poder de Controle do Empregador. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 171, p.57-65, 2016.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARANHÃO, Délio. Extinção do Contrato de Trabalho. In. SUSSEKIND, Arnaldo; et. al. **Instituições do Direito do Trabalho**, vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais**. São Paulo: Ltr, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Michel Carlos Rocha; MIRANDA, Michelly Cardoso. A Eficácia Horizontal dos Direito Fundamentais: A Proteção à Intimidade e Vida Privada no Teletrabalho em Face da Era Virtual. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 175, p.96-115, mar. 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. O Direito à Segurança no Emprego: Levando o Direito ao Trabalho a Sério. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 167, p.77-91, 2016.