

**REDES SOCIAIS E CONTRATO DE TRABALHO:
EQUACIONAMENTO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS TRABALHADORES E O PODER
DISCIPLINAR DO EMPREGADOR**

**SOCIAL NETWORKS AND LABOR CONTRACT: EQUATING
BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORKERS' FREEDOM
OF EXPRESSION AND THE EMPLOYER'S DISCIPLINARY POWER**

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis¹

Carolina Marzola Hirata²

Raphael Miziara³

RESUMO: Este é um estudo sobre o direito à palavra e a liberdade, relativa, de expressá-la no contexto laboral. Aqui se investiga os limites da liberdade de expressão dos trabalhadores por meio de suas redes sociais, abertas ou fechadas, e as principais questões envolvendo a possibilidade de aplicação de penalidades, pelo empregador, em razão do exercício abusivo de tal liberdade, especialmente à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira – Lei n.º 13.709 de 2018. Outrossim, busca demonstrar até que ponto os empregadores podem levar em consideração as condutas em redes sociais para tomar decisões sobre o emprego de seus trabalhadores e candidatos ao emprego. Faz um levantamento quantitativo dos números de usuários de redes sociais no Brasil e no Mundo e analisa qualitativamente situações envolvendo os reflexos das redes sociais no âmbito laboral. Aborda a colisão entre poder empregatício e os direitos fundamentais de proteção de dados, privacidade, intimidade e liberdade de expressão e conclui-se que a liberdade de expressão deve sofrer restrições quando possa afetar interesses legítimos do empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados; Poder empregatício; Redes Sociais; Liberdade de expressão; privacidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Redes sociais em números: no Brasil e no Mundo; 3 Colisão entre poder empregatício disciplinar vs. liberdade de expressão e proteção de dados; 3.1 Notas sobre o poder empregatício disciplinar; 3.2 Proteção de dados e poder empregatício; 3.3 Liberdade de expressão e poder empregatício 4 Casuística: manifestações em redes sociais como manifestação da liberdade de expressão dos empregados e o exercício do poder disciplinar pelo empregador; 5 Conclusões; 6 Referências.

ABSTRACT: *This is a study of the right to the word and the relative freedom to express it in the workplace. It investigates the limits of workers' freedom of expression through their social networks, open or closed, and the main issues involving the possibility of application of penalties, by the employer, due to the abusive exercise of such freedom, especially in light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Brazilian General Data Protection Law – Law number 13.709 of 2018. Furthermore, it seeks to demonstrate the extent to which employers can take into account the conducts on social networks to make decisions about the employment*

Artigo enviado em: 26/11/2021.

Artigo aprovado em: 16/12/2021.

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-Campinas. Professora Doutora da Universidade Metodista de Piracicaba.

² Procuradora do Trabalho perante a PRT da 15ª Região. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela PUC-MG. Professora em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito e autora de livros e artigos jurídicos.

³ Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Trabalho e das Relações Sociais pela UDF. Especialista em Direito do Trabalho pela *Universidad Castilla-La Mancha* (UCLM – Espanha). Advogado. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito e autor de livros e artigos jurídicos.

of their employees and applicant workers. It carries out a quantitative survey of the numbers of users of social networks in Brazil and in the world and analyzes situations involving the effects of social networks in the work environment. It addresses the collision between employment power and the fundamental rights of data protection, privacy, intimacy and freedom of expression and it is concluded that freedom of expression should be restricted when it could affect the legitimate interests of the employer.

KEYWORDS: *Data protection; Employment power; Social media; Freedom expression; Privacy.*

SUMMARY: *1. Introduction; 2. Social Networks in numbers: in Brazil and in the world; 3. Collision between disciplinary employment power vs. freedom of expression and data protection; 3.1 Notes on disciplinary employment power; 3.2 Data protection and employment power; 3.3. Freedom of expression and employment power. 4. Casuistry: manifestations on social networks as manifestation of the employees' freedom of expression and the exercise of disciplinary power by the employer; 5 Conclusion; 6 References.*

1 INTRODUÇÃO

À medida em que aumenta o número de usuários ativos em redes sociais, aumenta também a facilidade de monitoramento e investigação do comportamento “on line” dos trabalhadores pelos seus empregadores, desde o momento pré-admissional – na fase recrutamento –, até o momento pós-contratual. E, o número de usuários ativos em redes sociais cresce exponencialmente a cada dia.

Para se ter uma ideia do afirmado, conforme pesquisa realizada pela *DataReportal*, no mês de outubro de 2021, o mundo contava com 4.55 bilhões usuários ativos em redes sociais, o que representava, à época, 57.6% da população mundial. Em comparação ao mesmo mês do ano de 2020, esse número teve um aumento de 9.9%, o que representou um acréscimo de 409 milhões de usuários em apenas um ano.⁴

Já no Brasil, em janeiro de 2015 o número de usuário ativos em redes sociais era de 96 milhões, o que correspondia, à época, a 47% da população brasileira. Seis anos depois, em janeiro de 2021, esse número já era de 150 milhões de usuários ativos em redes sociais, correspondendo então a 70.3% da população brasileira.⁵

Com o aumento da popularidade de tais ferramentas, empregadores passaram a considerar e se preocupar com o impacto que essa nova forma de se relacionar tem provocado no ambiente de trabalho e até na própria imagem da empresa. A vasta quantidade e variedade de dados gerados e compartilhados nas redes sociais, incluindo informações pessoais,

⁴ DataReportal. **Digital 2021 Global Digital Overview**. Disponível em: <<https://datareportal.com>> Acesso em 19 nov. 2021.

⁵ *Ibidem*.

tornaram-se um recurso valioso para que os empregadores analisem o perfil de candidatos a empregos, monitorem o desempenho no trabalho e investiguem o escorreito cumprimento das obrigações contratuais pelos empregados.

Assim se afirma porque o uso de redes sociais por empregados, seja durante o horário de trabalho, seja fora dele, pode ensejar uma série de situações que refletem na esfera jurídica dos empregadores, como se procurará demonstrar ao longo do estudo. Pode, por outro lado, ser fonte de abusos por parte do empregador, especialmente à luz das assimetrias de poder na relação de trabalho, no que se pode desde já destacar a discriminação ilegal decorrente do uso de mídia social, seja no recrutamento, seja durante o contrato; na limitação da liberdade de expressão dos empregados; e, até mesmo, na ofensa à intimidade e privacidade dos empregados.

Seja como for, fato é que a tomada de decisões empregatícias baseadas na conduta de empregados em suas redes sociais particulares, sejam elas públicas ou fechadas, é um problema que envolve, sobretudo, a tensão entre direitos constitucionais fundamentais.

Dentre as preocupações que o empregador pode e deve ter, pode-se mencionar, exemplificativamente: *i)* os reflexos na produtividade do empregado, quando o uso se dá durante o horário de trabalho; *ii)* impactos que comentários, curtidas e outras condutas que empregados adotam nas sociais e terão sobre a imagem da empresa; *iii)* colegas de trabalho e terceiros podem valer-se das redes sociais para prática do chamado *cyber bullying* contra outros empregados, principalmente nas situações envolvendo ofensas, assédio, moral ou sexual; *iv)* riscos que envolvem a criação de grupos em *whatsapp*, *facebook* e outras redes, em nome da empresa e para assuntos relacionados ao trabalho, mas sem o conhecimento dos gestores; *v)* a depender na natureza da atividade a ser desempenhada, a conduta nas redes sociais, de candidatos ao emprego, pode ser totalmente incompatível com os propósitos legítimos da empresa, sobretudo em organizações de tendência; *vi)* possível quebra de segredo comercial e industrial via redes sociais, ainda que de forma culposa pelo empregado; *vii)* observância de cláusulas de exclusividade e não concorrência legitimamente firmadas; *viii)* a própria fiscalização das obrigações contratuais, principais e acessórias, bem como dos deveres anexos ao contrato de trabalho; *ix)* reflexos até mesmo processuais, como a prova de amizade íntima do trabalhador com testemunhas, a partir de provas extraídas das redes sociais.

De um lado, está o poder empregatício, que encontra fundamentos na livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da CRFB/88) e na propriedade privada (artigo 170, inciso II, da CRFB/88); de outro lado, situa-se a garantia de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X, da CRFB/88), bem como no direito à proteção de

dados pessoais⁶ e na liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX, da CRFB/88).

As condutas extra laborais de empregados e candidatos ao emprego, mormente no “*cyber espaço*”, geram preocupações comerciais sobre riscos de reputação, vazamento de propriedade intelectual, segredos comerciais e outras responsabilidades legais que podem surgir das atividades dos empregados em redes sociais.

Contudo, é preciso desde já advertir que a aplicação de penalidades em razão de condutas praticadas em redes sociais dos trabalhadores demanda uma série de cuidados e procedimentos por parte dos empregadores, sob pena de ilicitude da pena por abuso do poder diretivo, com as consequências daí advindas.

Ocorre que nenhum direito se reveste de caráter absoluto, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião⁷. É necessário considerar o impacto das redes sociais no local de trabalho e no mundo do trabalho em geral. É preciso – e é isto que se pretende ao longo do trabalho –, apontar os principais riscos e desafios jurídicos em torno do tema, bem como encontrar o equacionamento e a concordância prática entre tais direitos, a partir da análise dos direitos encartados na Constituição da República de 1988 e da Lei n.º 13.709 de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados.

Para tanto, o estudo revisitará parte da doutrina já produzida a respeito do tema e examinará casos relevantes já enfrentados por tribunais locais e estrangeiros envolvendo a conduta de empregadores que acessaram e fizeram uso de postagens em redes sociais de empregados em uma variedade de circunstâncias comuns.

Desde já, advirta-se que o objeto de investigação do presente trabalho é única e exclusivamente o cotejo entre poder disciplinar e liberdade de expressão, proteção de dados e privacidade. Não se avançará aqui para a análise dos fundamentos do poder disciplinar, mas tão somente dos seus limites, quando em confronto com as liberdades e direitos fundamentais dos empregados. De igual modo, por razões de ordem metodológica, não se pretende aqui investigar as possibilidades e limites jurídicos do poder fiscalizatório (de controle) de monitoramento das redes sociais dos empregados pelo empregador.

⁶ No dia 20 de outubro de 2021, o Senado aprovou a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n.º 17/2019, que inclui na parte final do inciso XII, do artigo 5º, da CRFB/88, “*o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais*”, tornando-o um direito fundamental expressamente previsto na Constituição. Até o término do presente artigo, o texto estava pendente de promulgação pelo Congresso Nacional.

⁷ “[...] O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros**”. (MS n. 23.452/RJ, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 15.2.2000). (gn)

2 REDES SOCIAIS EM NÚMEROS ATUAIS: NO BRASIL E NO MUNDO

“*Os homens criam as ferramentas, as ferramentas recriam os homens*”. Com esse assertivo pensamento, o canadense *Marshall McLuhan* – um dos principais teóricos da comunicação e criador do termo “aldeia global”⁸ – talvez não tivesse dimensão, à época, do tamanho impacto social que a internet hoje causa nas relações sociais.

O mundo atual, em boa medida, constitui-se em uma realidade sem fronteiras físicas, no qual a internet relativizou os limites geográficos, provocando uma verdadeira desestruturação do espaço e até mesmo do próprio tempo. A interconexão entre porções descontínuas do espaço terrestre institui uma nova categoria espacial, comumente denominada de *ciberespaço*.

No chamado *ciberespaço* é possível que um ato, praticado em determinada localidade, irradie rapidamente efeitos sobre todo o restante mundo. A sociedade em rede, cada vez mais interconectada, expõe progressivamente a insuficiência normativa para regulação de condutas praticadas em ambiente virtual. Esses avanços, sem dúvidas, alteraram fundamentalmente a maneira como empregados se comunicam, tanto no tempo livre como no tempo destinado ao trabalho.

A população mundial em outubro de 2021 era de 7,89 (sete vírgula oitenta e nove) bilhões de pessoas. Desse total, 4,88 (quatro vírgula oitenta e oito) bilhões possuem acesso à internet, o que representa 61,8% (sessenta e um vírgula oito por cento) da população. Outrossim, 57,6% (cinquenta e sete vírgula seis por cento) da população mundial possuem contas em redes sociais. Em termos nominais, tal percentagem equivale a 4,55 (quatro vírgula cinquenta e cinco) bilhões de pessoas com contas em redes sociais em todo o mundo, conforme dados extraídos da pesquisa “*Digital 2021 October Global Statshot Report*”⁹, a seguir representada:

DIGITAL NO MUNDO – EM OUTUBRO DE 2021			
População Mundial	Pessoas com celular conectável	Pessoas usuárias de internet	Usuários ativos em Redes sociais
7.89 bilhões	5.29 bilhões	4.88 bilhões	4.55 bilhões

⁸ McLUHAN, Marshall. **Understanding media: the extensions of man**. New York: Mentor Press, 1964. p. 103.

⁹ Disponível em: <<https://datareportal.com/>> Acesso em 19 nov. 2021.

56.6% urbanizada	67.1% da população	61.8% da população	57.6% da população
------------------	--------------------	--------------------	--------------------

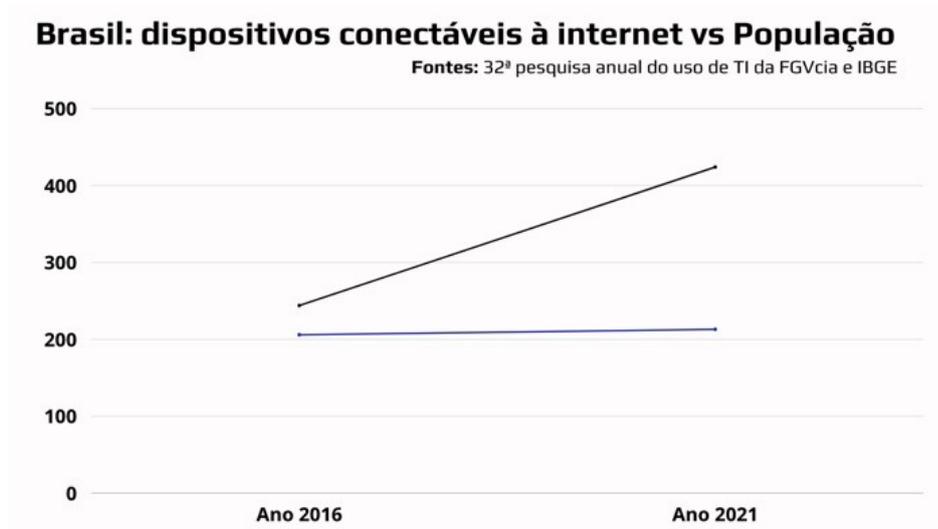
Já no Brasil, os números são os seguintes:

DIGITAL NO BRASIL – EM JANEIRO DE 2021			
População	Pessoas com celular conectável	Pessoas usuárias de internet	Usuários ativos em Redes sociais
213.3 milhões	205.4 milhões	160 milhões	150 milhões
87.2% urbanizada	96.3% da população	75% da população	70.3% da população

Com efeito, o acesso a dispositivos conectáveis – não só a aparelhos celulares – tem crescido exponencialmente em comparação ao crescimento populacional. No Brasil, por exemplo, a população no ano de 2016 era de 206 milhões de habitantes e os dispositivos conectáveis à internet somavam 244 milhões.

Cinco anos depois, já em de 2021, a população teve um tímido crescimento para 213 milhões de habitantes, enquanto o número de dispositivos conectáveis à rede mundial de computadores teve um aumento exponencial para 424 milhões, conforme dados extraídos da 32ª pesquisa anual do uso de TI da FGVcia e do IBGE¹⁰, graficamente representados a seguir. Os mesmos dados são corroborados pela organização “*datareportal.com*”. Este fenômeno de capilaridade tecnológica é chamado de *computação ubíqua* ou *pervasiva*.

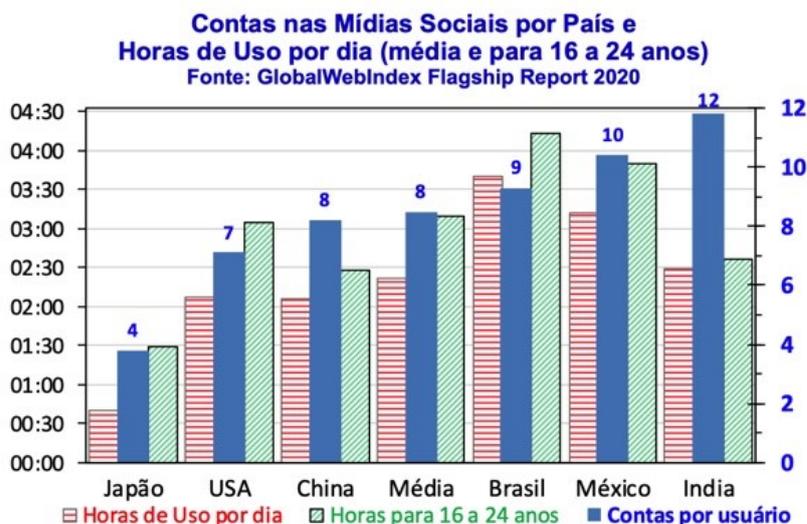
¹⁰ Conforme consta da 32ª pesquisa anual do uso de TI da FGVcia. Disponível em <https://eaesp.fgv.br/producao-intelectual/pesquisa-anual-uso-ti> e <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html> Acesso em 15/11/2021.



No que se refere às redes sociais, ainda de acordo com a 32ª pesquisa anual do uso de TI da FGVcia¹¹, publicada em maio de 2021, o Brasil conta com nove contas nas mídias sociais por pessoa, o que está acima da média mundial, que é de oito contas. Essas contas consomem no mundo, em média, 2h22 (duas horas e vinte e dois minutos) por dia. Esse uso cresce para 3 (três) horas entre os jovens de 16 a 24 anos.

No Brasil, no ano de 2020, a média de tempo diário gasta por uma pessoa em redes sociais foi de 3h41 (três horas e quarenta e um minutos). Este número é elevado para 4h14 (quatro horas e quatorze minutos) para jovens de 16 a 24 anos de idade, valor que só perde no mundo para as Filipinas, país no qual os jovens passam em média 4h27 (quatro horas e vinte e sete minutos) por dia em redes sociais. O diagrama abaixo bem elucida os números citados:

¹¹ *Ibidem.*



A quantidade de dados e informações que as pessoas despejam por dia em redes sociais é significativa. Apenas para se ter uma ideia, a cada segundo são postados no mundo: 9.281 (nove mil duzentos e oitenta e um) *tweets*; 1.074 fotos no aplicativo *Instagram*; 1.100.000 (um milhão e cem mil) mensagens no WhatsApp; e, 54.977 (cinquenta e quatro mil, novecentos e setenta e sete) postagens no *Facebook*.

O alto fluxo de dados, propiciado pela enorme quantidade de dispositivos conectáveis, desafia as seculares e tradicionais normas sobre privacidade e proteção de dados, e, inclusive, as mais recentes disposições normativas sobre o tema.

Não se cuida de um debate apenas teórico, uma vez que a situação trata de conflitos de ordem prática, cuja resolução e desdobramentos terão impacto decisivo sobre o futuro das relações digitais, em especial no que concerne à proteção de direitos *online*, além da estabilidade jurídica necessária para a realização de investimentos econômicos e para a promoção de inovação no setor de tecnologia.

Os avanços tecnológicos, não se nega, proporcionam novas possibilidades de concretização de direitos fundamentais, todavia, também suscitam novos riscos para sua violação. Além disso, considerando que os espaços digitais em geral são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e, até mesmo, do direito fundamental ao trabalho.

3 COLISÃO ENTRE PODER EMPREGATÍCIO DISCIPLINAR VS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROTEÇÃO DE DADOS

Há nítida tensão entre o poder empregatício, que encontra fundamentos na livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da CRFB/88) e na propriedade privada (artigo 170, inciso II, da CRFB/88); de outro lado, a garantia de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X, da CRFB/88), bem como no direito à proteção de dados pessoais e na liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX, da CRFB/88).

Nenhum direito é absoluto, pois não pode exercer um direito em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. É preciso, assim, encontrar a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas. No limite do caso concreto, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas.

3.1 Notas sobre o poder empregatício disciplinar

O poder empregatício manifesta-se concretamente de quatro formas: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar. Advirta-se – como já feito na parte introdutória do presente estudo – que o objeto de investigação é única e exclusivamente o cotejo entre poder disciplinar e liberdade de expressão, proteção de dados e privacidade.¹²

Segundo a clássica lição doutrinária de Maurício Godinho Delgado, 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.¹³

Especificamente quanto ao conceito de poder disciplinar, este pode ser entendido como o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.¹⁴

O poder disciplinar encontra limites materiais e procedimentais, que foram construídos pela jurisprudência trabalhista ao longo do tempo. Para aplicar qualquer penalidade, deverá o

¹² Foi dito na parte introdutória que não se avançará para a análise dos fundamentos do poder disciplinar, mas tão somente dos seus limites, quando em confronto com as liberdades e direitos fundamentais dos empregados. De igual modo, não se pretende investigar as possibilidades e limites jurídicos do poder fiscalizatório (de controle) de monitoramento das redes sociais dos empregados pelo empregador.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 732.

¹⁴ *Idem*. p. 797.

empregador sempre observar os seguintes requisitos: *a)* tipicidade da conduta dolosa ou culposa; *b)* nexa causal entre a falta e a penalidade; *c)* adequação entre a falta e a pena aplicada e proporcionalidade entre elas; *d)* imediatidade da punição ou ausência de perdão tácito; *e)* singularidade da punição (*non bis in idem*); *f)* inalterabilidade da punição; *g)* ausência de discriminação; *h)* caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente gradação de penalidades, a depender do caso concreto, *i)* observância de eventual procedimentalização prevista em contrato, regulamento interno ou norma coletiva.¹⁵

Portanto, para que eventual penalidade máxima (justa causa) em razão de manifestações em redes sociais seja aplicada, é imperioso que o empregador observe, em cada caso concreto, não só a gravidade da conduta – que deve ser suficientemente séria a ponto de quebrar a fidúcia inerente ao contrato de trabalho e tornar inviável a sua continuidade –, devendo também observar todos os demais requisitos acima, em especial o caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, manifestado na gradação das penalidades, caso a conduta não seja suficientemente grave.

3.2 Proteção de dados e poder empregatício

No ano de 1890 foi publicado na “*Harvard Law Review*” o famoso ensaio acadêmico intitulado “*The right to privacy*”, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandes¹⁶. Considerado um marco doutrinário sobre o direito à privacidade, o estudo demonstrou, já à época, a preocupação com os impactos das novas tecnologias nas esferas menos penetráveis da vida de cada pessoa.

Desde então, foram notáveis, em diversos ordenamentos jurídicos, os avanços na tutela da privacidade dos indivíduos. Na Europa, sobretudo, múltiplas foram as produções normativas que buscaram o resguardo da privacidade e da intimidade, especialmente do

¹⁵ Nesse sentido: [...] RECURSO DE REVISTA. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. *ULTIMA RATIO*. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DA GRAVIDADE DA CONDUTA. Trata-se de hipótese na qual a Reclamante proferiu ofensas contra a supervisora no momento em que pleiteava o correto pagamento do vale-transporte. Cinge-se a controvérsia a saber se a atitude perpetrada constitui falta apta a ensejar a demissão por justa causa. A caracterização deste tipo de sanção exige o preenchimento dos seguintes elementos: **culpa, tipicidade, nexa causal, proporcionalidade, imediatidade, non bis in idem e igualdade de tratamento**. A análise do caso em tela, no entanto, permite concluir que a conduta da Reclamante não se reveste de gravidade suficiente a ponto de justificar a adoção da mais grave sanção do contrato de emprego. Isso porque a conduta exasperada representou reação ao descumprimento de deveres por parte da empregadora, o que, apesar de não justificar a atitude, atenua sua gravidade. Ressalte-se ainda o fato de que se tratou de caso isolado, não sendo hipótese de mau comportamento reiterado. Assim, deve prevalecer o acórdão regional que manteve a reversão da justa causa, em razão de estar calcado nos princípios da continuidade da relação do emprego e da proporcionalidade. [...] (ARR-22064-48.2014.5.04.0334, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 03/09/2021).

¹⁶ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. In: *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5 (Dec. 15, 1980), p. 193-220.

chamado “direito à proteção de dados” e à autodeterminação informativa¹⁷, hoje alçado ao patamar de direito autônomo em relação à privacidade, dada a especialidade de regras e princípios que o ordenam.

Este direito foi reconhecido inicialmente pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1982, no julgamento do caso da Lei do Censo Alemã, a qual foi declarada inconstitucional porque, para realização do censo demográfico, haveria a coleta excessiva de dados. A respeito, J. J. Gomes Canotilho ensina que o direito geral à autodeterminação informativa se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais¹⁸.

A Lei n.º 13.709 de 2018, conhecida como LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados, representou significativo marco regulatório da proteção de dados no Brasil. A LGPD, em resumo, trouxe balizas legais para que o empregador trate os dados de seus empregados e candidatos ao emprego, representando verdadeira limitação legislativa do poder empregatício.

De incontestável transversalidade, a Lei provoca expressivos impactos em todas as áreas do direito e tem por objetivo principal proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º). Contudo, não se pode negar que além do declarado objetivo de proteção à pessoa humana, razões de ordem econômica também impulsionaram a atividade legiferente, pois a norma buscou também evitar o risco de isolamento das empresas brasileiras do mercado global, além de perdas de competitividade e de investimentos estrangeiros.

Justamente em razão de seu caráter transversal é que a LGPD atinge, substancialmente, o campo normativo das relações de trabalho subordinado, que possuem como característica a manifesta desigualdade fático-jurídica entre os contratantes. Com efeito, na medida em que em uma relação contratual o objeto do contrato se mostra essencial para sobrevivência de um dos sujeitos (*paradigma da essencialidade*), mostra-se imperiosa a proteção jurídico-retificadora imposta pela lei.

Não se trata da proibição legal para o tratamento de dados, mas sim de nítido balanceamento feito pelo próprio legislador entre o direito fundamental à proteção de dados e

¹⁷ Desde a década de 70, por exemplo, o Conselho da Europa já disciplinava juridicamente o tratamento de dados pessoais, por meio das Resoluções n.º 22 de 1973 e n.º 29 de 1974, ambas versando sobre princípios para proteção de informações pessoais em bancos de dados automatizados, tanto no setor público, como privado. No ano de 1981 foi editada a Convenção n.º 108, do Conselho da Europa, para a Proteção de Indivíduos com Relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais, considerado o primeiro instrumento internacional disciplinando especificamente o assunto com força legal, aberta inclusive a países não membros da Comunidade Europeia. Já em 1995 foi editada a Diretiva n.º 46, recentemente sucedida pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados, que entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

os poderes do empregador, chamado pela Lei de controlador dos dados.

Com a LGPD, o empregador só poderá tratar legitimamente os dados dos seus empregados se observar fielmente o disposto na legislação, com destaque para os artigos 6º, 7º e 11 da LGPD, que disciplinam, respectivamente, os princípios orientadores da proteção de dados, as bases legais para o tratamento de dados comuns e as bases legais para o tratamento de dados sensíveis.

3.3 Liberdade de expressão e poder empregatício

O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particulares. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura, seja *prévia* ou *posterior* à manifestação do pensamento.

Diversos documentos internacionais consagram a liberdade de expressão como direito fundamental: a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, em seu artigo 19; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, internalizado no Brasil em 1992, também em seu artigo 19; a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, vigorando internacionalmente desde 18.7.1978, e ratificada pelo Brasil em 25.9.1992, internalizada pelo decreto da Presidência da República do Brasil de 6.11.1992, em seu artigo 13; a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada em 1953 pelo Conselho da Europa, que a contempla em seu artigo 10; na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, constante de seu artigo 11; a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, prevê o direito em seu artigo 9º.

O STF já afirmou que a Constituição de 1988 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade.¹⁹

Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que ela “*confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. (...) Apenas os abusos mais*

¹⁹ ADI 4815, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, Publicação em 01/02/2016. Trata-se do caso das biografias não autorizadas.

*graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”.*²⁰

A doutrina das posições preferenciais vem sendo admitida no direito brasileiro e já foi adotada em precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como na ADPF 130, na ADPF 187 e na ADI 4815. Nessa linha, leciona autorizada doutrina que dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais.²¹

Contudo, isso não significa que se possa atribuir à liberdade de expressão a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais. Em verdade, quando se fala de uma posição preferencial, tem-se a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz com a hierarquização das posições conflitantes no caso concreto. De tal sorte, também nessa esfera – da solução para eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos - não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações.²²

O direito à liberdade de expressão é uma maneira de se afirmar a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido, acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos. A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício desse direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõe novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos.²³

Sem dúvidas, a liberdade de expressão dos empregados não é absoluta. Isso é dizer o óbvio, embora muitas vezes o óbvio precise ser dito. A análise jurídica refere-se ao conteúdo e à extensão do exercício por trabalhadores, via redes sociais, do direito constitucional à

²⁰ Suprema Corte dos EUA, no caso *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945). A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto proferido na ADI 4815 sobre as biografias não autorizadas, lembra que o status preferencial da liberdade de expressão no direito norte-americano teve seu surgimento ligado à famosa nota de rodapé n.º 4 do voto proferido pelo Justice Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), e foi posteriormente desenvolvido e articulado em uma série de casos, como *Jones v. Opelika* (1942), *Murdock v. Pennsylvania* (1943) e *Thomas v. Collins* (1945).

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais em espécie**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 446/456-457-458/460-461.

²² *Ibidem*.

²³ ADI 4815, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, Publicação em 01/02/2016.

expressão livre do pensamento e comunicação e, de outro lado, a propriedade privada, a honra e a imagem das pessoas jurídicas empregadoras e a livre iniciativa.

A seguir, passa-se a analisar casos concretos e hipotéticos que bem delineiam a tensão existente entre tais direitos e possíveis soluções para a concordância prática e acomodação de interesses.

4 CASUÍSTICA: MANIFESTAÇÕES EM REDES SOCIAIS COMO MANIFESTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS EMPREGADOS E O EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR PELO EMPREGADOR

Quando se pensa em liberdade de expressão dos empregados, manifestada por redes sociais ou até fora delas, não se pode negar que certas condutas podem trazer descrédito à imagem do empregador, sobretudo se tiverem relação com a pessoa natural do empregador ou de seus prepostos e, até mesmo, com as obrigações previstas no contrato de trabalho.

Uma das grandes questões que se coloca consiste em saber se um empregador pode punir um empregado, *com* ou *sem* justa causa, em razão de condutas praticadas na sua vida privada ou extra laboral. Em termos mais específicos, o problema pode ser equacionado da seguinte forma: *em que medida um empregador pode punir um empregado e até despedi-lo, com ou sem justa causa, em razão de comentários, curtidas ou quaisquer outras condutas praticadas em redes sociais particulares?*

O problema envolve a controvérsia sobre a possibilidade controle da vida extralaboral do empregado, especificamente de sua *liberdade de expressão*. Este é um ponto de discórdia, pois muitas vezes a conta das redes sociais é privada (restrita) e geralmente a conduta questionada foi feita fora do horário de trabalho, para expressar opiniões particulares do empregado.

Neste ponto, há nítida tensão entre o direito que possuem os empregados de utilizar suas redes sociais para expressar suas opiniões pessoais em relação a qualquer assunto que considerem adequado e, por outro lado, a possibilidade de o empregador despedir o trabalhador com base em seu poder diretivo, lastreado na livre iniciativa e na propriedade privada.

No direito comparado, pode-se mencionar algumas decisões judiciais que abordaram diretamente este ponto de tensão e fornecer boas diretrizes para que os empregadores determinem a natureza e a severidade da conduta nas relações sociais por meios de

comunicação que justificarão a aplicação de penalidades disciplinares ao empregado.

Em *Mr Damien O’Keefe v Williams Muir’s Pty Limited* (2011), um empregado de nome Damien O’Keefe foi despedido por justa causa em razão de comentários negativos em relação ao seu empregador e a um dos seus gerentes, postados no *Facebook*²⁴. O comentário, feito fora do horário de trabalho e a partir de um dispositivo privado, consistiu em uma queixa sobre o seu pagamento que, segundo ele, foi pago de forma incorreta. Ainda, o comentário foi visualizado por alguns dos seus colegas de trabalho.

À época, a empresa não possuía uma política de uso de redes sociais, mas possuía uma política relativa à comunicação entre os trabalhadores, assédios sexual e moral. O empregador dispensou o seu empregado com base em séria má conduta por violação das políticas existentes na empresa. Entre as regras da política de comunicação estava a de que “*ao se comunicarem com outros funcionários, os funcionários dos clientes e fornecedores devem ser corteses e educados, manter um alto nível de honestidade e integridade e apresentar-se e à empresa com profissionalismo. Os funcionários não usarão linguagem ofensiva, recorrerão a abusos pessoais ou se ameaçarão ou entrarão em contato físico*”.

A *Fair Work Australia* ponderou que a diferença entre casa e trabalho está se tornando cada vez menos distinguível e que a despedida do *Sr. O’Keefe* foi razoável naquelas circunstâncias, pois havia canais nos quais o empregado era capaz de usar se tivesse qualquer problema com relação ao pagamento, o que incluía os procedimentos internos apropriados. Além disso, o requerente também tinha a opção de levantar quaisquer preocupações com o *Fair Work Ombudsman*, mas em vez disso, o empregado optou por expressar suas frustrações em um site de rede social onde seus comentários puderam ser vistos por colegas de trabalho.

Já no caso *Linfox Australia Pty Ltd v Glen Stutsel* (2012), a *Fair Work Australia* considerou que a dispensa foi injusta e desproporcional. Glen Stutsel foi demitido por falta grave sendo comentários depreciativos feitos no *Facebook* sobre dois de seus gerentes.

A Linfox afirmou que os comentários feitos eram de cunho sexuais e raciais (discriminatórios), consistindo em violação grave de sua política de igualdade de oportunidades e diversidade. A despedida se fundou, portanto, na violação de tais políticas.

A *FWA* considerou inválida a despedida, com base nos seguintes fundamentos: a) o longo período de emprego satisfatório do empregado na Empresa, sua idade e suas perspectivas de emprego; b) As circunstâncias em relação à publicação dos comentários

²⁴ O comentário feito pelo empregado foi: “*Damien O’Keefe wonders how the fuck work can be so fucking useless and mess up my pay again. C.ts are going down tomorrow*”. Disponível em: <<https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2011fwa5311.htm>> Acesso em 19.11.2021.

ofensivos e, particularmente, a crença do empregado de que sua página do Facebook estava com as configurações de privacidade máximas e que os comentários postados em sua página só poderiam ser vistos por ele e seus amigos²⁵, e a descoberta de que os comentários nunca foram destinados a serem comunicados aos gerentes em questão e por isso não representavam uma ameaça crível para seus dois gerentes; c) a conduta denunciada ocorreu fora do local de trabalho e fora do horário de trabalho; d) alguns dos comentários não foram feitos pelo empregado, mas por outras pessoas a partir do seu comentário originário, e o empregado não sabia que poderia apagar comentários de seus amigos do *Facebook* depois de terem sido publicados; e) a Empresa não puniu outros funcionários que participaram das conversas e comentários no *Facebook*; f) a Linfox não tinha uma política sobre o uso de redes sociais.²⁶

Dentre vários outros casos envolvendo a conduta de trabalhadores em redes sociais, com danosos reflexos ao empregador, destaca-se um que atraiu substancial polêmica e envolveu médicos e enfermeiras de um hospital Chinês, na cidade de Xi'na. Um dos médicos compartilhou em seu grupo de bate-papo na rede social “*Sina Weibo*”²⁷, uma série de *selfies* tiradas em 15 de agosto de 2014, dentro sala de cirurgia. Algumas fotos continham os profissionais uniformizados, posando ao lado de pacientes aparentemente inconscientes.

Essas postagens feitas em grupos privados foram tornadas públicas e conseqüentemente, desencadeou reação pública “viral” sobre os padrões éticos da profissão médica. Horas depois as fotos já possuíam 9.9 milhões de visualizações e geraram mais de doze mil comentários.

A conduta dos empregados fez com que o governo local tomasse medidas administrativas, que chegaram à imposição de sanções à alta administração do hospital, incluindo uma ordem para apresentar um pedido público de desculpas e estabelecer padrões de governança para melhor monitorar o uso das mídias sociais de seus empregados.²⁸

No Brasil, mais recentemente, pode-se mencionar o caso de um empregado da Latam

²⁵ Gradualmente, com o avanço da tecnologia e da alfabetização digital, o argumento de “ignorância” quanto ao funcionamento das redes sociais vem perdendo força e os empregados estão menos propensos a terem sucesso com base nesta premissa.

²⁶ Disponível em: <https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2012fwafb7097.htm#P203_20913> Acesso em 19.11.2021.

²⁷ *Sina Weibo* é um *microblog*, considerado o *Twitter* chinês. É uma das maiores redes sociais na China, com aproximadamente 430 milhões de usuários ativos, conforme reportagem publicada pelo New York Times, em 19 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/11/19/fashion/china-social-media-weibo-wechat.html>> Acesso em 20.11.2021.

²⁸ XIANG, Zhang. **Surgeon taking selfies backfire**. In: *China Daily*. Disponível em: <https://www.chinadaily.com.cn/china/2014-12/22/content_19141293_3.htm> Acesso em 20.11.2021; Chinese Hospital's Surgery Selfies Unleash Public Backlash. In: *The Wall Street Journal*. Edição de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/BL-CJB-25362>>

linhas aéreas, identificado em um vídeo com outros brasileiros durante a Copa do Mundo da Rússia, de 2018. No vídeo, que foi postado em redes sociais, três homens brasileiros pediram para que mulheres russas repetissem uma frase de baixo calão em português, sem que elas soubessem o significado do que estavam dizendo.

A Latam promoveu a despedida, *sem justa causa*, do seu empregado envolvido no episódio e publicou nota repudiando veementemente qualquer tipo de ofensa ou prática discriminatória e reforçando que qualquer opinião que contrarie o respeito não reflete os valores e os princípios da empresa.

Nos casos acima narrados, não se discutiu a legitimidade do monitoramento de redes sociais pelo empregador, pois tais fatos vieram a público de outra forma. Discute-se, em verdade, a possibilidade de despedida sem justa causa ou até mesmo de aplicação de penalidades em razão de condutas que, de qualquer modo, se tornaram públicas e, muitas vezes, afetaram a imagem do empregador.

Fato é que os empregadores não podem levar em consideração para a aplicação de penalidades toda qualquer conduta do em redes sociais. Pensar dessa forma é aniquilar por completo a liberdade de expressão que, segundo o estatuto constitucional das liberdades, possui posição preferencial em relação a outros direitos.

Imagine-se hipótese na qual um empregado faça uma postagem em suas redes sociais elogiando ou criticando determinado agente público, mesmo sabendo que seu empregador notoriamente pensa em sentido contrário ao conteúdo de sua postagem. Agora, imagine-se hipótese na qual esse mesmo empregado faça uma postagem, também em um dos seus perfis em redes sociais, com duras críticas a qualidade dos produtos que seu empregador fabrica. São duas situações distintas, obviamente. Poder-se-ia aqui imaginar inúmeras outras situações hipotéticas, cada qual com suas peculiaridades e premissas fáticas próprias que poderiam, em tese, modificar o desfecho das conclusões.

Algumas hipóteses fáticas podem ser minimamente sistematizadas:

a) *conduta (postagem, curtida etc.) cujo conteúdo não tenha nenhuma relação ou reflexos com o empregador ou com o contrato de trabalho:* pode-se pensar em uma postagem feita pelo empregado comemorando o tricampeonato do glorioso Clube de Regatas do Flamengo na Copa Libertadores da América, mesmo ciente de que o seu empregador é palmeirense fanático. Ou, uma postagem de cunho político em sentido contrário à posição particular de seu empregador. É claro que, nestas hipóteses, o empregado não pode ser

despedido, sob pena de discriminação e violação de sua liberdade de expressão²⁹;

b) *conduta (postagem, curtida etc.) cujo conteúdo não tenha nenhuma relação ou reflexos com o empregador ou com o contrato de trabalho, mas consubstancia-se em discurso de ódio, tais como racismo, homofobia, antissemitismo etc.:* é o caso em que um empregado, fora do horário e do local de trabalho, é flagrado e filmado proferindo ofensas racistas contra determinada pessoa. Neste caso, entendo que a despedida *sem justa causa* não será discriminatória, como aconteceu no caso do empregado da Latam. Em princípio, não é cabível a justa causa, pois a imagem da empresa não guarda relação alguma com o episódio. Mas, perfeitamente admissível a dispensa sem justa causa, pois a empresa não pode ser compelida a manter o ajuste contratual com empregados que tenha condutas preconceituosas incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e outros valores incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Conduto, se a empresa possuir uma política de conduta vedando tais práticas odiosas, que extrapolam a simples liberdade de expressão, seja a conduta praticada no meio em que trabalha, seja fora dele, pode-se discutir a possibilidade de despedida por justa causa, embora essa última opção esteja mais suscetível a divergências;

c) *conduta (postagem, curtida etc.) cujo conteúdo tenha relação ou reflexos com o empregador ou com o contrato de trabalho:* esta situação pode ser subdividida, pelo menos, em quatro outras:

c.1) a postagem se relaciona com a busca de melhores condições de trabalho, sem ataques à imagem do empregador ou seus prepostos: hipótese na qual o empregado faz uma postagem, por exemplo, se queixando de baixos salários, de outras condições de trabalho ou até mesmo visando organizar um movimento coletivo (greve, por exemplo), sem ataques ou ofensas ao empregador ou aos seus produtos. Neste caso, em princípio, a liberdade de expressão e reivindicação foi exercida dentro da proporcionalidade e da razoabilidade. De todo modo, é preciso verificar se o empregador possui código de conduta interno prevendo que as reivindicações devem ser, em primeiro lugar, direcionadas ao âmbito interno, caso em que o empregado, em observância aos ditames da boa-fé, deverá primeiramente observar o código de conduta, sob penal de falta contratual. Daí a importância de importante instrumento

²⁹ Não estou considerando aqui a situação das chamadas “organizações de tendência” ou “empresas ideológicas”, a liberdade de expressão dos empregados é significativamente mitigada. É o caso da escola católica ou protestante, cujo professor de religião, altamente portador da tendência, se manifesta a favor do aborto fora do local e do horário de trabalho, colocando em risco os próprios valores defendidos por seu empregador.

de salvaguarda para a empresa.

c.2) a postagem se relaciona a busca de melhores condições de trabalho, com ataques ou ofensas ao empregador ou aos seus produtos: o empregado faz uma postagem se queixando de baixos salários ou de outras condições de trabalho e, na mesma postagem, faz comentários depreciativos da imagem do empregador ou de seus prepostos. Nesta hipótese, há nítida extrapolação da liberdade de expressão, pois a conduta, desproporcional, *supera a disputa trabalhista* e claramente tem a intenção de atacar a imagem do empregador. A conduta reivindicatória nessas situações é abusiva e desleal, pois excede aos limites razoavelmente esperados, uma vez que intenta não apenas buscar melhores condições de trabalho, mas também causar prejuízos ao empregador. Um ataque ao produto do empregador causa prejuízo que supera a disputa trabalhista. Mesmo se o empregador concedesse o direito, os danos à imagem da empresa não se dissipariam facilmente. Não se nega aqui o direito de crítica do empregado ao empregador, como já decidiu a Suprema Corte americana no *Jefferson Standard* (1953). A propósito, em caso muito semelhante e recente (*MikLin Enterprises v. NLRB – National Labor Relations Board*), a Corte de Apelação de Saint Louis debateu amplamente o precedente firmado no caso *Jefferson* e entendeu que alguns trabalhadores poderiam ser legitimamente dispensados em razão de, na busca de melhores condições de trabalho, terem confeccionado e feito circular perante consumidores cartazes com críticas ao produto do empregador.

c.3) a conduta virtual do empregado não tem relação alguma com o contrato de trabalho, mas provoca reflexos na imagem da empresa: é o caso em que o empregado profere discurso de ódio, além dos limites da liberdade de expressão, vestindo o uniforme da empresa ou qualquer outro elemento de identificação que o relacione ao seu empregador. Nesta hipótese, a razão está com o Professor Otavio Pinto e Silva, para quem a demissão só pode ocorrer por justa causa se a empresa na qual o profissional trabalha for envolvida de alguma forma no episódio. Se ele for identificado como funcionário da companhia, pela conversa ou pela vestimenta [como uma camiseta com o logo da empresa], a companhia pode alegar prejuízo à marca mesmo que ele esteja de férias.³⁰ Também neste caso, é recomendável e mais seguro que a empresa possua uma política interna sobre o tema.

c.4) a conduta virtual tem o intuito meramente de ataque à imagem do empregador ou

³⁰ Em entrevista disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/06/funcionarios-que-se-envolvem-em-polemicas-fora-do-trabalho-podem-ser-demitidos.html>> Acesso em 19.11.2021.

aos seus prepostos, sem relação com melhorias contratuais ou busca por direitos: neste caso, aplica-se o disposto no artigo 482, alínea “k”, da CLT, segundo o qual constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador o ato lesivo da honra ou da boa fama contra o empregador e seus superiores hierárquicos. Advirta-se que para configuração da justa causa e correta aplicação da penalidade, outros requisitos, além da mera tipicidade da conduta, devem ser observados. Nesse sentido:

EMENTA: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FALTA GRAVE. MENSAGEM POSTADA EM REDE SOCIAL (FACEBOOK). CONFIGURAÇÃO. A importância positiva das redes sociais para as empresas, se define pelo "*marketing de conteúdo*", que consiste no gerenciamento de estratégias para melhorar o reconhecimento e/ou identidade visual de um produto ou serviço, expondo tópico relevante, além de servir como um canal de atendimento, tanto para conquistar clientes, como um público-alvo. Portanto, é óbvio, que se uma empresa recebe um comentário negativo, esse pode ser visualizado pelos seus concorrentes e utilizado de forma prejudicial para a organização que o recebeu. E tal circunstância é agravada quando tal atitude parte de um funcionário. Afinal, embora as redes sociais funcionem no ambiente da Internet, não deixam de impactar profundamente "na existência das pessoas" (físicas ou jurídicas), até porque, hoje, é difícil dissociar o "digital" do "real", porquanto muitas notícias saem primeiro na "web", para após ser replicada em outras fontes de informações (jornais, revistas etc.). Desta maneira, no caso corrente, não há como negar que o reclamante, com o seu comentário ofensivo, além do uso de palavras de baixo calão e o expresso desejo de obter a própria demissão, aviltou a reputação de sua empregadora, como dos seus colegas de trabalho, na maior e mais representativa rede social do mundo na atualidade (*Facebook*), dando ensejo à justa causa para a ruptura do liame empregatício pelo empregador, na forma do artigo 482, alínea “j” (“*ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa...*”). Apelo do reclamante a que se nega provimento. TRT da 2ª Região; Processo: 1000716-83.2019.5.02.0027; Data: 05.08.2021; Órgão Julgador: 16ª Turma - Cadeira 4 - 16ª Turma; Relator(a): Nelson Bueno do Prado).

JUSTA CAUSA. ATO LESIVO DA HONRA E BOA FAMA DO EMPREGADOR. POSTAGEM EM REDE SOCIAL. **DIREITO DE EXPRESSÃO. NECESSIDADE DE RESTRIÇÃO NA ESFERA LABORAL. GRAVIDADE DA CONDUTA QUE JUSTIFICA O ROMPIMENTO ABRUPTO DO PACTO.** Decerto, é o empregado livre para expressar seu pensamento, mas em se tratando de manifestação envolvendo a esfera laboral, deve agir com cautela e responsabilidade, sob pena de atentar contra a honra e boa fama do empregador. Ante o avanço tecnológico e a ampla disseminação das denominadas redes sociais, o cuidado do empregado que por meio destas se relaciona deve ser ainda maior. Ainda que se utilize apenas de contas privadas e restrita ao círculo de amigos, não se olvida o alcance que uma determinada publicação pode galgar, produzindo efeitos deletérios à imagem do sujeito alvo. Com efeito, mostra-se lamentável a postura da autora que publicou comentários vexatórios e ofensivos à honra da reclamada, informação que denegriu a imagem desta, traduzindo quebra do respeito e confiança que devem nortear a relação de trabalho. Justa causa que se mantém. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT da 2ª Região; Processo: 1000590-33.2015.5.02.0331; Data: 23-11-2017; Órgão Julgador: 17ª Turma - Cadeira 5 - 17ª Turma; Relator(a): Álvaro Alves Noga).

O c. Tribunal Superior do Trabalho também já enfrentou o tema. A 7ª Turma do TST afastou a justa causa em razão da desproporcionalidade entre a falta praticada e a penalidade

máxima aplicada. Confira-se:

[...] DIREITO DO EMPREGADO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À HONRA E À IMAGEM DA EMPRESA. JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE **PROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA OFENSIVA E A PENA MÁXIMA DE DISPENSA**. No caso dos autos, verifica-se que o fato, por si só, de a empregada emitir opinião pessoal nas redes sociais sobre a qualidade da alimentação fornecida pela empresa, em configuração de privacidade restrita ao seu círculo de amizade, e na condição de consumidora dos serviços hospitalares da demandada, **não configura gravidade suficiente a ensejar a dispensa por justa causa**, mormente quando não consignadas outras faltas cometidas pela autora em sua grade curricular, nem observada a gradação de penas para legitimar a resolução contratual, que se dera, com efeito, de forma abrupta, em decorrência do único fato referido, que não se demonstra grave o bastante para a dissolução do liame empregatício existente entre as partes - frise-se. Considerando tais premissas fáticas, extrai-se do acórdão regional a ausência de proporcionalidade entre a sanção máxima de dispensa com a falta funcional praticada, tendo em vista que **a reclamada agiu com rigor excessivo ao proceder à rescisão contratual por justa causa**. O ato praticado pela reclamante não ensejou seu enriquecimento ilícito, nem gravidade suficiente que impossibilitasse a subsistência do vínculo de emprego. Ao contrário, **a conduta da reclamante insere-se no exercício do direito de liberdade de expressão de opinião e pensamento, assegurado constitucionalmente no art. 5º, IV, da Carta Política de 1988**. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-2361-81.2015.5.02.0034, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 29/06/2018). (gn)

É perfeitamente possível que a justa causa seja afastada em razão da ausência de proporcionalidade, o que dependerá da análise, no caso concreto, do conteúdo da postagem feita pelo empregado. Contudo, não parece correto dizer que a conduta da empregada que ataca a imagem do seu empregador ou de seus produtos em redes sociais, insere-se no exercício do direito de liberdade de expressão de opinião e pensamento, pois este direito encontra balizas em outros direitos constitucionais. O ideal e mais seguro é que a empresa possua um código de conduta interno, bem como sempre observe os requisitos para aplicação da justa causa, especialmente a gradação das penas.

Em outro caso, bem lembrado por Priscila Kühl Zoghbi³¹, o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região entendeu que comentários ofensivos à imagem da empresa em redes sociais configura danos morais em favor da empresa:

COMENTÁRIOS OFENSIVOS À IMAGEM DA RECLAMADA EM REDE SOCIAL. DANO MORAL. A inserção de comentários depreciativos a respeito da empregadora na rede social facebook, com acusações públicas de comercializar diplomas e ter “qualidade zero” no ensino é conduta desleal e antiética, causando, inegavelmente, prejuízo moral à empresa, pois é incontável o número de acessos que podem ser feitos ao site da instituição, sendo que referidos comentários não maculam apenas a relação entre empregado e empregador, atingindo, também, possíveis clientes ou candidatos a clientes da empresa (alunos), o que torna mais grave o ato. (TRT da 18ª Região – RO 0002330-09.2012.5.18.0006, Relatora Desembargadora Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque,

³¹ ZOGHBI, Priscila Kühl. **Poder de controle e direito à privacidade do trabalhador nas redes sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 145.

DEJT 13/09/2013).

Entendo que a pedra de toque na análise de tais casos é a análise da dimensão e da intenção do empregado ao adotar a conduta. Muitas vezes, embora envolva uma disputa trabalhista, a conduta pode ser desproporcional, indo além da mera disputa trabalhista, como no caso acima.

Além disso, antes de aplicar uma penalidade com base em praticada em redes sociais, é fundamental que o empregador possa estabelecer uma conexão probatória entre a conduta e o contrato de trabalho. Neste ponto, é preciso bastante atenção para os procedimentos de coleta de evidências digitais, para que sejam observados os limites materiais para tal coleta, bem como os requisitos de validade da prova digital, tais como autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia.

A análise mais aprofundada de tais limites materiais e requisitos processuais escapa ao objeto do presente estudo. Contudo, pode-se aqui dizer que condutas praticadas no *cyberespaço* continuam a confundir os limites entre trabalho e vida privada. Nem sempre é fácil identificar e decifrar as fronteiras para o monitoramento das redes sociais dos empregados pelos empregadores.

Seja como for, a empresa não deve coletar informações pessoais a menos que as informações sejam absolutamente necessárias ou diretamente relacionadas às funções ou atividades da empresa ou, ainda, com o contrato de trabalho, casos em que há legítimo interesse da empresa para o tratamento de tais dados, conforme a base de tratamento prevista no artigo 7º, inciso IX, da LGPD.

Se o conteúdo da mensagem envolver dado sensível (artigo 5º, inciso II, da LGPD), o tratamento de tais dados deve ser ainda mais rigoroso. Mas, pode-se argumentar que se de algum modo a postagem refletir no contrato de trabalho ou na imagem do empregador, a coleta se dará com base no exercício regular de um direito da empresa, com fulcro no artigo 11, inciso II, alínea “d”, da LGPD.

De todo modo, se um episódio envolvendo o empregado em redes sociais ganha foros de notoriedade, a empresa possui base legal à luz da LGPD para acessar as redes sociais do empregado e coletar as informações necessárias, *desde que isso conste prévia e expressamente em sua política de tratamento de dados pessoais*, pois nenhuma forma oculta ou desavisada de tratamento de dados pode ser tolerada, sob pena de ilicitude da prova obtida.

7 CONCLUSÕES

O direito de um termina onde começa o do outro. A simplicidade de tal afirmação esconde um complexo problema: saber o exato ponto em que termina o direito à liberdade de expressão no contexto empregatício e onde começa o poder disciplinar do empregador. Foi o que se buscou no presente estudo.

Apesar da posição preferencial do direito à liberdade de expressão, conferida pelo estatuto constitucional das liberdades, como mais de uma vez já afirmou o Supremo Tribunal Federal, demonstrou-se ao longo do estudo que tal direito fundamental encontra significativas limitações, na medida em que as manifestações de empregados em redes sociais podem muitas vezes repercutir na esfera jurídica de seus empregadores.

Se um dado é tornado manifestamente público pelo empregado titular dos dados, isso não significa que a LGPD não incidirá como baliza protetora, muito menos que se pode afastar a tutela da proteção de dados. De igual modo, se a conduta do empregado se tornar pública em razão de seu conteúdo e isso refletir nos legítimos interesses do empregador, poderá este coletar os dados estritamente necessários e avaliar se é o caso ou não de aplicação de alguma penalidade, com base no seu poder disciplinar.

Tal avaliação perpassa, necessariamente, pelos requisitos ensejadores da aplicação de penalidades, especialmente se tal penalidade consistir em ruptura contratual por justa causa, caso em que o empregador deverá ter cuidado redobrado, sobretudo na análise da proporcionalidade da aplicação da pena.

Deve-se avaliar ainda, por exemplo, se a conta em que foi adotada a conduta é aberta ou fechada, se houve a utilização de *hashtags* ou alguma outra ferramenta de impulsionamento do conteúdo. Todos esses elementos podem ajudar na aferição da gravidade da conduta.

Observou-se que é também altamente recomendável ao empregador a criação de uma política de uso de redes sociais, dentro ou fora da política de tratamento de dados. Uma política de uso de redes sociais sólida e um plano de ação em caso de incidentes, podem ajudar os empregadores a gerenciar risco nestes tempos de mudança.

Por fim, estabeleceu-se ao longo do estudo a sistematização de hipóteses envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e o poder disciplinar do empregador, que são as seguintes, em resumo: *a)* conduta (postagem, curtida etc.) cujo conteúdo não tenha nenhuma relação ou reflexos com o empregador ou com o contrato de trabalho; *b)* conduta (postagem, curtida etc.) cujo conteúdo não tenha nenhuma relação ou reflexos com o empregador ou com o contrato de trabalho, mas consubstancia-se em discurso de ódio, tais como racismo, homofobia, antissemitismo etc.; *c)* conduta (postagem, curtida etc.) cujo conteúdo tenha relação ou reflexos com o empregador ou com o contrato de trabalho: esta situação pode ser subdividida, pelo menos, em quatro outras: *c.1)* a postagem se relaciona com a busca de melhores condições de trabalho, sem ataques à imagem do empregador ou seus prepostos; *c.2)* a postagem se relaciona a busca de melhores condições de trabalho, com ataques

ou ofensas ao empregador ou aos seus produtos; c.3) a conduta virtual do empregado não tem relação alguma com o contrato de trabalho, mas provoca reflexos na imagem da empresa; c.4) a conduta virtual tem o intuito meramente de ataque à imagem do empregador ou aos seus prepostos, sem relação com melhorias contratuais ou busca por direitos.

Em cada uma das situações acima o poder disciplinar sofrerá maior ou menor restrição. É claro que o caso concreto poderá trazer outros elementos circunstanciais que deverão ser necessariamente observados pelas partes envolvidas e pelos atores judiciais.

8 REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DATA REPORTAL. **Digital 2021 Global Digital Overview**. Disponível em: <<https://datareportal.com>> Acesso em 19.11.2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>> Acesso em 15/11/2021.

McLUHAN, Marshall. **Understanding media: the extensions of man**. New York: Mentor Press, 1964.

MEIRELLES, Fernando de Souza. **32ª pesquisa anual do uso de TI da FGVcia**. Disponível em <<https://eaesp.fgv.br/producao-intelectual/pesquisa-anual-uso-ti>> Acesso em 15/11/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais em espécie**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. In: *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5 (Dec. 15, 1980).

XIANG, Zhang. **Surgeon taking selfies backfire**. In: *China Daily*. Disponível em: <https://www.chinadaily.com.cn/china/2014-12/22/content_19141293_3.htm> Acesso em 20.11.2021.

ZOGHBI, Priscila Kühn. **Poder de controle e direito à privacidade do trabalhador nas redes sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.