

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

SAULO DONATTI DE FREITAS

**O PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR NAS
REDES SOCIAIS**

VITÓRIA
2018

SAULO DONATTI DE FREITAS

**O PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR NAS
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

2018

SAULO DONATTI DE FREITAS

**O PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR EM FACE DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR NAS
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 julho de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite.
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

A Nubia Donatti de Freitas, mãe querida, que sempre deu o máximo de si para garantir as melhores condições ao filho.

A João Rafael Garcia de Freitas, pai e amigo, que enfrenta com bravura todo e qualquer obstáculo em nome da família.

Ao professor e orientador Carlos Henrique Bezerra Leite, que não mediu esforços para auxiliar este aluno na confecção desta obra.

A João Rafael Zanotti Guerra Frizzera Delboni, amigo leal, que durante toda a graduação me acompanhou e ajudou a trilhar meu caminho.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo estabelecer limites para a manifestação do pensamento do trabalhador nas redes sociais levando em consideração a proteção da honra do empregador. Para tanto, fez-se necessário um estudo detalhado dos institutos do direito à imagem, do direito à honra e da liberdade de expressão, trazendo as razões e circunstâncias históricas que serviram de base para a consolidação dos respectivos direitos. No mais, este estudo busca avançar num tema de grande repercussão atual, tendo em vista o crescimento exponencial da rede mundial de computadores e o conseqüente desenvolvimento das relações interpessoais promovidas pelas redes sociais. No cenário atual da rede de computadores, é comum ocorrer situações em que há clara colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra, ambos direitos fundamentais. Nesse sentido, este trabalho adota a técnica da ponderação para a resolução de conflitos entre princípios. Técnica trazida de forma pioneira pelo jurista alemão Robert Alexy e muito debatida pela doutrina. Assim, contando, também, com análise da jurisprudência trabalhista sobre o assunto, busca-se encontrar a melhor saída para a problemática da colisão de direitos fundamentais, visando, dessa maneira, a aplicação da medida mais razoável ao caso concreto.

Palavras-Chave: Poder Disciplinador; Direitos Fundamentais; Redes Sociais; Colisão de Princípios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS À IMAGEM E À HONRA	09
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	09
1.2 DIREITO À IMAGEM	11
1.3 DIREITO À HONRA	15
1.4 DIREITO À HONRA SOB A PERSPECTIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS ...	18
CAPÍTULO 2 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	22
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO	22
2.2 CONCEITUAÇÃO	24
2.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO	29
CAPÍTULO 3 - COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR E O DIREITO À HONRA DE SEU EMPREGADOR	31
3.1 A RELAÇÃO DE TRABALHO E SUAS IMPLICAÇÕES NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR	31
3.2 A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
3.3 O PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR ANTE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR NAS REDES SOCIAIS	38
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

Vive-se um período ímpar na história da humanidade. A população mundial é a maior já vista e o desenvolvimento da tecnologia da comunicação reduz drasticamente a distância entre as pessoas. As grandes cidades em horário de pico funcionam como termômetro do fervor social atual. Nunca houve tanta necessidade de regulação da vida em sociedade.

É com base na premissa do crescimento populacional e do desenvolvimento tecnológico, sobretudo o acesso das pessoas à rede mundial de computadores, que surge a necessidade de estudar as consequências desse novo modelo de sociedade, sobretudo no que diz respeito às questões jurídicas.

O art. 6º da Constituição Federal de 1988 elenca o trabalho como direito social fundamental. Nessa esteira, dadas as estatísticas assustadoras do índice de desemprego no país e tendo em vista a importância que o emprego possui na vida do trabalhador e de sua família, além, também, da importância do trabalho para a economia, a presente obra visa dar enfoque às consequências das mudanças sociais ocorridas no decorrer dos últimos anos na esfera trabalhista.

É importante salientar desde logo que os sustentáculos jurídicos do arcabouço normativo brasileiro são construções datadas de outrora. No entanto, para que melhor se possa compreender o presente, se faz necessária uma análise detalhada dos direitos já existentes há algum tempo, bem como de suas nuances.

A expansão da utilização das redes sociais atinge o direito do trabalho frontalmente na medida em que a relação entre empregado e empregador ocorre, agora, também, na seara da *internet*. Dessa maneira, será visto que o meio virtual das redes sociais atua como um meio de difusão de ideias daqueles que estão plugados. No âmbito das ideias, encontra-se a liberdade de expressão, resguardada pela Constituição da República, no seu grau mais abrangente, no art. 5º, IV. Note que sua posição no texto constitucional é estratégica, o que revela ser a liberdade de expressão um direito fundamental.

Lado outro, sempre que se fala em liberdade de expressão, há de se dizer, também, nos direitos da personalidade. Isso porque o modo como um sujeito manifesta seu pensamento pode vir a afetar a esfera da honra e/ou imagem-atributo de outrem.

Portanto, o presente trabalho busca esgotar tanto o direito à imagem e o direito à honra – que são facilmente confundidos –, bem como evidenciar cada aspecto do direito fundamental à liberdade de expressão. Não se trata de preciosismo. É absolutamente necessário enfrentar os temas para que se compreenda, ao final, como proceder o melhor direito ao caso concreto envolvendo a liberdade de expressão vs. o direito à honra no universo das redes sociais.

Verificar-se-á haver confronto entre direitos fundamentais, sendo que a solução para a referida colisão é encontrada na teoria pós-positivista de Robert Alexy, que também será vislumbrada no desenvolvimento da obra.

Ademais, é imprescindível investigar em qual direção segue a jurisprudência trabalhista nos casos envolvendo a liberdade de expressão do empregado vs. o direito à honra do empregador nas mídias sociais.

Em suma, o escopo deste estudo é superar a questão acerca dos limites da liberdade de expressão do empregado no âmbito da *internet*, bem como demarcar o poder disciplinar do empregador ante a conduta do trabalhador em seu perfil social na rede mundial de computadores. A partir disso, surge a pergunta: quais os limites do poder disciplinar do empregador diante do direito de liberdade de expressão do empregado nas redes sociais?

CAPÍTULO 1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS À IMAGEM E À HONRA

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O direito à imagem e à honra são pertencentes ao gênero do direito da personalidade ou dos direitos pessoais¹. Pertencem à primeira dimensão dos direitos fundamentais, vez que dizem respeito à liberdade do indivíduo ante ao Estado e a sociedade, como assevera Marmelstein:

A ideia básica que orienta a positivação desses valores é a de que nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos.²

Os direitos fundamentais mencionados possuem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é gênero que sustenta a razão de ser de todos os direitos fundamentais trazidos em nosso ordenamento jurídico pátrio, como bem observa Sarlet:

A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela **(a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral** (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que **a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais** (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade.³ (grifo nosso)

Quanto aos direitos fundamentais, é indispensável trazer à baila a discussão doutrinária acerca do termo “gerações” *versus* o termo “dimensões”. O termo “gerações” fora proposto por:

¹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 469

² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 130

³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 266

um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado Karel Vasak, desenvolveu uma ideia bastante interessante que ficou conhecida como “teoria das **gerações** dos direitos.⁴ (grifo nosso)

No entanto, conforme a doutrina avançou sobre tema, a expressão “geração” passou a ser preterida pela expressão “dimensão” dos direitos fundamentais, isso porque:

o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais [...].⁵

Visto que o termo “dimensões” se apresenta como o mais coeso, analisar-se-á os direitos da personalidade – direitos fundamentais –, que têm seus pilares constituídos no contexto histórico das revoluções liberais que, utilizando o racionalismo iluminista, buscaram cercear a interferência do Estado absoluto na vida do cidadão.

Contudo, o direito à honra e à imagem das pessoas não só pressupõe uma obrigação de não fazer do Estado (prestações negativas), mas também que o aparelho estatal garanta a proteção do direito de personalidade através de sanções àquele que o infrinja (prestações positivas).

Nesse sentido, a constituição brasileira elenca em seu art. 5º, X, que são invioláveis a honra e a imagem das pessoas, garantindo indenização moral ou material diante da hipótese de sua violação. O dano material decorrente de violação da imagem ocorre quando, por exemplo, uma pessoa que auferir renda por meio de sua imagem tem foto publicada sem a devida autorização e, portanto, deixa de receber quantia pela divulgação. Mais à frente o assunto será analisado detalhadamente.

⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 40

⁵ SARLET, I. W.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 306

Quanto à esfera infraconstitucional, o art. 20 do Código Civil Brasileiro enseja a possibilidade de que o sujeito que tem sua imagem e/ou honra violada requeira a cessação da lesão, bem como a devida indenização em razão da ofensa sofrida.

Por outro lado, é importante realçar que, ainda que o legislador brasileiro – constitucional e infraconstitucional – tenha tratado tanto do direito à imagem quanto do direito à honra numa única norma jurídica, os dois institutos são distintos entre si.

Tendo em vista que um dos objetivos do presente trabalho é verificar qual bem jurídico do empregador é ofendido mediante determinada publicação de um de seus funcionários – sobretudo levando em consideração o crescimento do acesso às redes sociais no Brasil – faz-se necessária uma análise aprofundada de cada um dos direitos fundamentais mencionados para evitar que se confundam.

1.2 DIREITO À IMAGEM

O escopo do direito à imagem é a proteção do indivíduo contra a exposição indevida de sua imagem. A divulgação de sua aparência quando não autorizada tem o condão de abalar a paz de espírito do sujeito, bem como interferir no livre desenvolvimento de sua personalidade.⁶

Em se tratando de um direito da personalidade, o direito à imagem, de acordo com a maior parcela da doutrina, tem sua razão de ser fundada na própria existência do homem. Em outras palavras, a proteção à imagem existe em decorrência da condição humana, como expõem Farias e Rosenvald:

Folgada maioria na doutrina brasileira e estrangeira busca em fontes suprajurídicas a justificativa dos direitos da personalidade. Salientam se relacionam com atributos inerentes à própria condição humana, motivo pelo qual entendem decorrer do chamado *direito natural*.⁷

⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 115

⁷ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 178

Todavia, para que melhor se entenda o assunto, se faz necessário visualizar o direito da personalidade por um viés juspositivista, cujo entendimento é o de que o direito à imagem, por exemplo, é aquele que se deduz do ordenamento jurídico atual, mais especificamente da norma constitucional (CF, art. 5º, V, X e XXVIII, a) e norma infraconstitucional (CC, art. 20).

Isso porque seria ilógico defender a proteção da imagem de uma pessoa jurídica utilizando como sustentáculo a ideia do direito da personalidade como oriundo da essência do homem. Ora, se o direito da personalidade é inerente à condição humana, logo, uma pessoa jurídica não gozaria de tal direito fundamental, o que é inverídico como se verá a frente.

A imagem, portanto, pode ser fracionada em três subdivisões, as quais possuem características distintas, ainda que se tratem do mesmo tema. São elas: (a) a imagem-retrato; (b) a imagem-atributo e; (c) a imagem-voz.

A imagem-retrato, conforme o próprio o nome informa, trata da fisionomia do indivíduo, de sua forma e de seus aspectos visuais. Em outras palavras,

refere-se as características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é o seu pôster, a sua fotografia, encarada tanto no aspecto estático – uma pintura –, quanto no dinâmico – um filme –, conforme proteção dedicada pelo art. 5º, X, da Constituição da República.⁸

A definição de imagem-atributo se encontra diretamente vinculada a noção de honra do sujeito, isto é, quando se olha para o indivíduo, também é possível identificar sua imagem moral, que, a depender da circunstância, pode ser maculada ou perfeitamente intacta, ou seja,

é o consectário natural da vida em sociedade, constituindo no conjunto de características peculiares da apresentação e da identificação social de uma

⁸ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 248

peessoa. Diz respeito, assim, aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados que permitem identifica-la. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral.⁹

Nesse ponto é fundamental recordar que, quando há violação à imagem-atributo de um sujeito, necessariamente se incorre numa violação, também, à sua honra. Por outro lado, é possível que haja violação à imagem-retrato ou voz, sem que haja ofensa à honra, como assevera a doutrina:

a peculiaridade do direito à própria imagem reside na proteção contra a reprodução da imagem ainda que não necessariamente com isso se tenha afetado o bom nome ou a reputação ou divulgado aspectos da vida íntima da pessoa.¹⁰

Por último, e mais óbvio, é a imagem-voz, cuja definição, “concerne à identificação de uma pessoa através de seu timbre sonoro”.¹¹

Por exemplo, é como quando um cantor renomado, o qual possui uma voz inconfundível e que possui um fã clube fiel, tem sua voz reproduzida em determinada campanha publicitária sem sua expressa autorização. Por óbvio, tanto na esfera constitucional (CF, art. 5º, XXVIII, a), quanto infraconstitucional (CC, art. 20), existem dispositivos que garantem a devida indenização ao ofendido.

Por outro lado, em se tratando do referido artigo 20 do Código Civil, nota-se que sua redação, de maneira equivocada, não contempla indenização pelo uso da imagem alheia quando: i) não houver ofensa a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou; ii) não for destinada a fins comerciais.¹²

A falha do legislador ocorre porque a Constituição da República resguarda a inviolabilidade da imagem e assegura o direito a indenização moral quando de sua

⁹ Ibidem, p. 248

¹⁰ SARLET, I. W.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 473

¹¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 248

¹² Ibidem, p. 249

violação. Para a norma constitucional, não é necessário haver ofensa a honra do indivíduo, assim como não há necessidade da exploração de sua imagem com finalidade comercial.

O Superior Tribunal de Justiça é pacífico quanto a aplicação do tema, conforme se depreende de seus julgados:

A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o indivíduo.¹³

Em se tratando de direito à imagem, a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.¹⁴

Assim sendo, conclui-se que o sistema jurídico pátrio prevê certa autonomia do direito à imagem, de modo que a mera utilização da imagem de um sujeito sem sua devida autorização é suficiente para ensejar a reparação por dano extrapatrimonial.¹⁵

O resguardo da imagem, então,

não tem por objeto a proteção da honra, reputação ou intimidade pessoal, mas sim a proteção da imagem física da pessoa e de suas diversas manifestações, seja em conjunto, seja quanto a aspectos particulares, contra atos que a reproduzam ou representem indevidamente.¹⁶

¹³ STJ, Ac. 4ª T., REsp. 794586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.12, DJe 21.03.12, p. 11

¹⁴ STJ, Ac. 4ª T., REsp. 267.529/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3.10.00, DJU 18.12.00, p. 208

¹⁵ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 250

¹⁶ SARLET, I. W.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 473

Com o aludido acima fica fácil identificar a diferença existente entre o direito à imagem e o direito à honra, vez que, conforme já dito, uma violação à imagem não necessariamente enseja um desrespeito à honra do indivíduo.

1.3 DIREITO À HONRA

Os autores que versam sobre o direito à honra utilizam expressões como prestígio social, boa fama social, bom nome, entre outros, para conceituar a honra.

Logo, é possível inferir que a honra está relacionada à esfera da reputação do indivíduo, de modo que, tendo a sua integridade moral imaculada, preservará, também, sua dignidade como pessoa, como informa Bittar:

No direito à honra – que goza de espectro mais amplo – o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria dignidade da pessoa humana.¹⁷

Nesse ponto, não é difícil verificar que uma reputação manchada constitui entrave para o convívio social do indivíduo. Este, por sua vez, encontrará dificuldades maiores para se relacionar com a comunidade do que aquele cujo prestígio social é intacto. São dificuldades como, por exemplo, ser selecionado para uma vaga de emprego, conseguir crédito junto a uma instituição financeira ou mesmo ser ouvido quando tiver a palavra perante outras pessoas. Assim assinala a doutrina:

A honra é uma virtude que congrega inúmeras outras como o respeito, a credibilidade, a autoestima, a compreensão e a aceitação do outro, modelo de conduta, dentre outras inúmeras qualidades – a honra de uma pessoa é a dignidade por todos reconhecida e respeitada.¹⁸

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 133

¹⁸ SIQUEIRA, D. P.; RUIZ, I. A. **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. 1. ed. Birigui: Boreal, 2015. p. 126

É importante frisar que o ataque à reputação pode ocorrer por qualquer meio possível de comunicação (escrito, verbal, sonoro). E, nesse sentido, as redes sociais da *internet* têm se mostrado como um campo propício para a ocorrência de violações à honra, como aponta a lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

No mundo contemporâneo, a proteção da honra vai ganhando dimensões alarmantes. O espaço da *Internet* é ambiente fértil para afrontas à reputação social de pessoas humanas. Um exemplo disso é a inserção de perfil correlacionando alguém a um site de prostituição.¹⁹

Ademais, “o reconhecimento do direito em tela prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva) [...]” e “o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva)”²⁰.

Portanto, a proteção da honra deve observar a existência suas duas esferas de alcance: i) esfera objetiva e; ii) esfera subjetiva. Assim, no aspecto objetivo da honra, tem-se que, ante sua violação, o bem jurídico atacado é a reputação do indivíduo, i.e., a forma como a comunidade enxerga aquele sujeito. A outra, o aspecto subjetivo cuida do sentimento que o indivíduo nutre por si mesmo, isto é, “o próprio juízo valorativo que determinada pessoa faz de si mesma”.²¹

A Constituição Federal, em seu art. 5º, X, tutela a honra de forma conjunta à imagem. Todavia, como estudado até aqui, visualiza-se a distinção entre os conceitos de direito à imagem e direito à honra. Além do mais, o referido dispositivo constitucional, como já observado, garante indenização moral que decorre da violação da honra.

Já na esfera infraconstitucional, o direito à honra é tutelado tanto na esfera civil, quanto na esfera penal. No âmbito penal, o capítulo V do Código Penal trata dos crimes contra a honra, indicando nos arts. 138, 139 e 140 os crimes de calúnia, difamação e injúria

¹⁹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 295

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 133

²¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 294

respectivamente. Dentre os referidos tipos penais, o mais grave é a calúnia, que ocorre quando o agente imputa fato definido como crime à outrem.

A opção do legislador em tratar a ofensa à honra como crime parece estar equivocada, vez que o processo penal possui natureza residual, ou seja, visa cuidar somente dos casos em que a tutela civil não seria suficiente, como quando há fato envolvendo violência ou grave ameaça, por exemplo.

Importa dizer que a retirada da calúnia, injúria e difamação do campo penal não importaria em ausência do Estado na proteção do direito à honra, isto porque existe procedimento com base na lei civil que garante a devida responsabilização do agente da conduta ilícita.

Note que o art. 953 do Código Civil aborda sobre as infrações penais (injúria, difamação e calúnia) de modo que imputa ao infrator o dever de indenizar a vítima do dano sofrido. Aqui é fundamental recordar que “a indenização por dano moral tem natureza compensatória, não servindo para, efetivamente, reparar o prejuízo sofrido”.²² Portanto,

exige-se equilíbrio no arbitramento do valor indenizatório: não pode ser leve a ponto de não servir de desestímulo ao lesante, nem robusta de modo a propiciar o enriquecimento sem causa da vítima.²³

Importante destacar que nas infrações penais de difamação (CP, art. 139) e injúria (CP, art. 140) cabe a retratação (CP, art. 143), ficando isento de pena o agente que, anteriormente à sentença, se retrata com a vítima.

Além do âmbito civil e penal, a Lei nº 13.467/2017, denominada reforma trabalhista, trouxe inovações à Consolidação das Leis do Trabalho no que diz respeito aos direitos da personalidade. Ou melhor, a reforma trabalhista elencou a forma como deverá ser procedida a indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido, tanto pelo empregado, quanto pelo empregador.

²² Ibidem, p. 295

²³ Ibidem, p. 295

Quanto aos direitos da personalidade, a CLT inovou ao trazer, em seu art. 223-C, que a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são direitos exclusivos das pessoas físicas. Já o art. 223-D, trouxe as hipóteses de direitos inerentes somente às pessoas jurídicas, são eles: a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência.

Por final, há ainda a proteção da honra prevista no Pacto de San José da Costa Rica, mais especificamente em seu art. 11²⁴. Aqui se faz necessário enfatizar o fato de se tratar de um Tratado Internacional de Direitos Humanos, que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, possui natureza infraconstitucional, porém, supralegal. Isto é, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem força normativa de Emenda Constitucional.

1.4 DIREITO À HONRA SOB A PERSPECTIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS

O art. 52 do Código Civil é expresso ao afirmar que os direitos da personalidade serão aplicados às pessoas jurídicas naquilo que lhes couber. À vista disso, é preciso explorar as situações nas quais será possível realizar a defesa da honra da pessoa jurídica.

Em primeiro lugar, é essencial recapitular que a pessoa jurídica é ficção criada pelo ordenamento jurídico²⁵. Desse modo, em análise superficial, o operador do direito pode incorrer no erro de acreditar que os direitos da personalidade não são aplicáveis às pessoas coletivas.

²⁴ Ibidem, p. 296

²⁵ SIQUEIRA, D. P.; RUIZ, I. A. **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. 1. ed. Birigui: Boreal, 2015. p. 132

No entanto, as pessoas jurídicas, principalmente na forma das empresas, são organizações criadas por pessoas que envidaram esforços para constituí-las e que, não raramente, desempenham expressiva função social, como assinala Clayton Reis:

É importante considerar, por sua vez, que os danos gerados pela ofensa ao conceito da pessoa jurídica poderão causar prejuízos incalculáveis aos seus produtos comercializados, gerando efeitos devastadores no plano econômico e social. A pessoa jurídica exerce importante função social, trabalhista e econômica na sociedade.²⁶

Nessa tomada, o fundamental é entender que as pessoas jurídicas são imprescindíveis para o funcionamento da sociedade moderna. Sem as empresas, o Estado deixa de arrecadar grande parcela dos tributos – perdendo renda para a concretização de políticas públicas –, a taxa de desemprego aumenta (enquanto o índice de empregos informais sobe) e as mazelas sociais se proliferam.

Pois bem. Uma vez visualizada a necessidade da existência das pessoas jurídicas para o bom funcionamento do Estado e sociedade, fica clara, também, a relevância de se defender os direitos da personalidade dessas ficções jurídicas.

Ora, imagine que à uma empresa do ramo da alimentação seja atribuída a falsa notícia de que seus produtos são feitos a partir de matéria-prima reaproveitada e de baixa qualidade. Por óbvio que tal pessoa jurídica virá a sofrer grave dano em razão da perda de clientes, conseqüente queda nas vendas e perda de crédito perante seus fornecedores.

Sobre o tema, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves bem assinala:

Ninguém hesita em afirmar, que o lastro da credibilidade de qualquer pessoa jurídica é o seu renome no mercado em que atua e entre sua clientela. Há inafastável semelhança entre os efeitos da lesão causada pelo dano moral

²⁶ SIQUEIRA, D. P.; RUIZ, I. A. **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. Birigui: Boreal, 2015. p. 133

tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica, embora esta última não o sinta em seu âmago.²⁷

Veja que o bem jurídico atingido pela falsa notícia veio a ser a reputação daquela empresa e, assim, teve sua honra violada. Destaca-se que, por se tratar da reputação, boa fama e bom nome da empresa, está-se a falar na esfera da honra objetiva.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, com acerto, somente a seara da honra objetiva de uma pessoa jurídica é protegida. A honra subjetiva, que remete a autoestima e ao juízo valorativo que o sujeito faz de si próprio, é exclusiva do ser humano.

Entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 227, encontra-se em consonância com o dito acima: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Nessa esteira, Sarlet, Marinoni e Mitidiero afirmam que

no direito brasileiro, em função da distinção entre honra subjetiva e objetiva, consolidou-se o entendimento de que a pessoa jurídica é titular de um direito à proteção da honra objetiva, incluindo o direito à respectiva indenização por dano moral.²⁸

A título de exemplo de indenização por dano moral arbitrada em favor de pessoa jurídica, tem-se o notório julgado do STJ (REsp. 1.088.866/SP) que tratou do caso da Escola Base de São Paulo. A escola de ensino infantil sofreu com acusações de que seus sócios cometiam abusos sexuais em face dos alunos, de faixa etária entre 4 e 5 anos de idade. A narrativa foi exposta em rede nacional e, por consequência, a escola precisou fechar. O acórdão da 2ª Turma arbitrou os danos morais em R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) a cada um dos autores da infração.²⁹

²⁷ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 123

²⁸ SARLET, I. W.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017., p. 472

²⁹ SIQUEIRA, D. P.; RUIZ, I. A. **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. 1. ed. Birigui: Boreal, 2015. p. 134

Como mencionado em tópico acima, a reforma trabalhista trouxe hipóteses de danos extrapatrimoniais à pessoa jurídica. O art. 223-D, acrescentado pela Lei nº 13.147/2017, na contramão da legislação e doutrina constitucional e civilista, não abordou sobre o direito à honra objetiva da pessoa jurídica. Pergunta-se: partindo da premissa de que o legislador tutelou somente a imagem da pessoa jurídica, em caso de violação à reputação (honra) de uma empresa por meio de uma publicação de um empregado nas redes sociais, por exemplo, isso ensejaria a responsabilização do trabalhador à indenização por dano extrapatrimonial? A norma trazida, em sua literalidade, não traz resposta, o que indica uma opção desacertada do legislador.

CAPÍTULO 2 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Conforme já abordado, os direitos fundamentais foram constituídos através do tempo e, por essa razão, passaram a ser divididos em categorias que se complementam e que são denominadas como dimensões dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais surge no contexto das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, que combateram a ingerência do Estado absoluto na vida das pessoas. Essas revoluções tinham o objetivo de transformar o Estado num mero garantidor da propriedade privada, enquanto outras esferas da vida pessoal sujeito deveriam ser guiadas por sua própria vontade.

A partir desse momento histórico surgem as primeiras normas de direitos humanos contidas em codificações como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração de Direitos da Virgínia (1776). Conforme Marmelstein:

os direitos protegidos nessas primeiras declarações tinham nítida influência do pensamento liberal propagado pelos filósofos do iluminismo, especialmente de Locke, para quem “o grande e principal fim dos homens se unirem em sociedade e de se constituírem sob um governo é a conservação da sua propriedade.”³⁰

Outros aspectos da vida humana que não a conservação do patrimônio, portanto, deveriam ser exclusivamente regulados e decididos pelas próprias pessoas, sem qualquer interferência estatal, conforme assevera a doutrina:

O recado dado pela burguesia para o governante, expresso nessas declarações, era bastante direto: proteja minha propriedade (direito “sagrado e inviolável”, de acordo com a declaração francesa), cumpra a lei que meus representantes aprovarem (princípio da legalidade) e não se meta em meus negócios, nem em minha vida particular, especialmente na escolha de minha religião. Eis a explicação para a consagração de inúmeros direitos de liberdade: liberdade de reunião, **liberdade de expressão**, liberdade comercial, liberdade de profissão, liberdade religiosa, etc.³¹ (grifo nosso)

³⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 41

³¹ *Ibidem*, p. 41

Fica visualizado que a liberdade de expressão é direito fundamental de primeira dimensão existente há mais de 250 anos. Contudo, ainda que sua existência não seja recente, a liberdade de expressão por vezes fora suprimida, principalmente diante de governos autoritários. Nesse sentido, Paulo Bonavides assevera:

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade [...].³²

No Brasil, o último momento em que se pôde constatar de forma clara a supressão da liberdade de expressão foi durante o período da ditadura militar, época em que jornais, revistas, programas de televisão e rádio, por exemplo, tinham seu conteúdo verificado por um censor, responsável por adequar o material antes de sua publicação.

Nesse sentido, o professor Carlos Fico aduz:

De fato, até 1973, o regime negava a existência da censura política da imprensa, embora a praticasse. Nenhum diploma legal regulamentava a atividade, que, como se sabe, realizava-se através de telefonemas ou de “bilhetinhos” que chegavam às redações com proibições para que determinado assunto fosse publicado. [...] Depois de algum tempo, a atividade foi centralizada no Ministério da Justiça, para onde eram encaminhados os pedidos de censura sugeridos por autoridades diversas a fim de que, finalmente, fossem repassados às redações.³³

Pois bem. Após a redemocratização e o ressurgimento do Estado democrático de direito com o advento da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão garantiu seu lugar de destaque no Brasil e passou a ser tutelada juridicamente, como se verá a seguir.

³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. p. 577

³³ REIS; RIDENTI; MOTTA. **O golpe e a ditadura militar 40 anos depois (1964 - 2004)**. 1. ed. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2004. p. 271

2.2 CONCEITUAÇÃO

Antes de efetivamente conceituar a liberdade de expressão, é imprescindível compreender o tema em seu sentido amplo, conforme orientação doutrinária mais razoável. Veja.

Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa.

³⁴

Desse ponto se depreende que a liberdade de expressão, em seu espectro *lato sensu*, é o conjunto que contém modalidades de liberdades específicas. Esse é, também, o entendimento de Jónatas E. M. Machado:

O direito à liberdade de expressão constitui o *direito mãe* a partir do qual as demais liberdades comunicativas foram sendo autonomizadas, tendo em vista responder às sucessivas mudanças tecnológicas, econômicas e estruturais relevantes no domínio da comunicação.³⁵

Veja que a liberdade de imprensa, por exemplo, só pôde ser implementada de fato após a criação de instrumentos tecnológicos que pudessem dar suporte a divulgação em massa de notícias. E é nesse sentido que o autor acima referido afirma que as liberdades comunicativas foram sendo autonomizadas na medida em que mudanças tecnológicas, econômicas e estruturais ocorriam.

A massificação do acesso à rede mundial de computadores e, mais especificamente, a utilização das redes sociais da *internet* é um exemplo de avanço tecnológico que afeta diretamente as liberdades comunicativas. Nessa toada, o art. 3º, I, da Lei 12.965/2014, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, infere ser princípio que disciplina o uso da rede, a liberdade de expressão.

³⁴ SARLET, I. W.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 495

³⁵ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 416

Na Constituição Federal, a liberdade de expressão como gênero é observada no art. 5º, IV, que afirma ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Ademais, é fundamental arguir que a liberdade de expressão encontra sua razão de ser no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), visto que o homem, como animal político necessita expor suas opiniões acerca dos fatos e dos objetos que o circundam. É dizer: as relações sociais são inerentes a natureza humana, como confere Cristiane Maria Freitas de Mello:

Desse modo, a liberdade de expressão, além de ser essencial ao regime democrático, posto que não existe pessoa nem sociedade livre sem a possibilidade de cada um expressar opiniões e divulgá-las livremente, é um valor intrínseco, um elemento de autossatisfação e desenvolvimento do próprio indivíduo. Ora, sem o direito de expressar-se livremente, o indivíduo sequer poderia questionar as regras que lhe são impostas.³⁶

Assim, a liberdade de expressão em seu sentido amplo representa o direito do indivíduo de poder realizar juízos de valor, de opinar sobre temas dos mais variados, de poder escolher qual fonte acessar para obter a informação que deseja, etc. Isto porque:

no contexto da Constituição brasileira há lugar para o livre fluxo das idéias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública e para a formação de uma razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público. Aparece aqui, com toda sua força, a importância da liberdade de imprensa, de expressão, de pensamento, de comunicação.³⁷

Conclui-se que a liberdade de expressão é fator determinante para o desenvolvimento humano, bem como para garantir uma sociedade democrática e plural. A supressão da liberdade de expressão, portanto, viola a dignidade da pessoa humana – impedida de dar sua opinião –, bem como atinge pilar básico do Estado democrático de direito, formado através da confrontação de ideias. Nessa mesma lógica segue Edilsom Pereira de Farias:

³⁶ MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais: e a repercussão no contrato de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 68

³⁷ SARMENTO, D.; GALDINO, F (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212

Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais.³⁸

Retornando ao âmbito da Constituição Federal, cumpre destacar o art. 5º, IV, IX, XIV e o art. 220, caput e §§ 1º e 2º. Todos estão relacionados a proteção da liberdade de expressão, contudo, cada um foi designado para tutelar uma liberdade específica, como se verá.

O inciso IV, como já se viu, trata da liberdade de manifestação do pensamento em seu aspecto mais abrangente. É a liberdade de expressão como gênero, conforme ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Tal dispositivo, que, é possível arriscar, faz as vezes, no caso brasileiro, de uma espécie de cláusula geral, foi complementado e guarda relação direta com uma série de outros dispositivos da Constituição, os quais, no seu conjunto, formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações.³⁹

Entende-se como manifestação do pensamento, a opinião, o julgamento de valor acerca de determinado assunto, que pode ser realizada por qualquer meio de comunicação, desde o mais primitivo, como a fala, passando pela escrita. Num contexto mais atual, a comunicação passou a ser difundida pelos meios eletrônicos. Sendo assim, a Constituição Federal tratou de equiparar a manifestação do pensamento à liberdade de opinião, ou seja, os dois termos – liberdade de opinião e manifestação do pensamento – tratam da mesma coisa.⁴⁰

Além disso, o art. 5º, IV, da Constituição Federal também garante ao indivíduo o direito guardar seus pensamentos, julgamentos de valor e opiniões em segredo, como bem expõe José Afonso da Silva:

³⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 167

³⁹ SARLET, I. W.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 493

⁴⁰ *Ibidem*, p. 496

Acrescente-se que, na liberdade de manifestação do pensamento, se inclui, também, o direito de tê-lo em segredo, isto é, o direito de não manifestá-lo, recolhendo-o na esfera íntima do indivíduo.⁴¹

Já o inciso IX do art. 5º da Constituição Federal, diz respeito à liberdade sobre a forma como será exposta uma atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, que ocorra sem censura ou licença. É dizer, por exemplo, que uma peça teatral será apresentada ao público no exato modelo como deseja o seu produtor, sem censura prévia ou licença.

Já o inciso XIV, também do art. 5º da Constituição brasileira, garante o acesso à informação, isto é, cada pessoa possui liberdade para buscar a informação que desejar através de qualquer meio possível. Importante salientar que, nesse inciso, também é garantido que a fonte provedora de determinada informação seja mantida em segredo quando isso impactar no exercício da profissão.

Vale lembrar o art. 220, também da Constituição da República, que veda a possibilidade de qualquer tipo de restrição à liberdade de expressão em seu sentido amplo. O dispositivo em questão protege a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação. Seu § 1º é expresso ao proibir lei que possa distorcer a informação jornalística. Já o § 2º veda o ato de censura que possua natureza política, ideológica e artística. Nesse caso, a censura da qual dispõe a norma constitucional deve ser interpretada como um ato estatal, conforme lição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal.⁴²

Pois bem, transcorrida a conceituação da liberdade de expressão, torna-se importante alertar que, em determinados casos, sua proteção deve ser mitigada, como assevera George Marmelstein:

⁴¹ Ibidem, p. 246.

⁴² MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 265

[...] é inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para a dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas [...].⁴³

Uma outra situação em que a relativização da liberdade de expressão deve ocorrer é o discurso de ódio ou de incitação ao ódio, também denominado pela doutrina como *hate speech*. Em tempos de crise no Brasil, em que se verifica uma latente polarização das perspectivas políticas na sociedade, o discurso de ódio tornou-se comum no âmbito das redes sociais. Não raro se verificam situações em que apoiadores de um seguimento político disparam palavras de ódio à seguidores de uma outra corrente de pensamento.

A conclusão em que se chega, é que a limitação da liberdade de expressão somente deve ocorrer nos casos em que há clara violação a outros direitos fundamentais. Nessa linha argumentativa trabalha Ingo Wolfgang Sarlet:

Que também a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de informação e de imprensa (comunicação social), não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais, praticamente não é contestada no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional de direitos humanos.⁴⁴

Nesse ponto, é imprescindível mencionar que uma das principais características dos direitos fundamentais é a ausência de hierarquia entre si. Isto é, dentre o rol de direitos fundamentais apresentados por um ordenamento jurídico, não é possível que exista algum que seja superior a outro. Esse é o entendimento de Robert Alexy:

Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais.⁴⁵

Partindo de tal premissa, e a relacionando com a possibilidade de mitigação da liberdade de expressão, chega-se a um problema: se, não há distinção hierárquica

⁴³ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 130

⁴⁴ SARLET, I. W.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 506

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 162

entre os direitos fundamentais, em que mometo poderá o julgador optar pela prevalência dos direitos da personalidade em detrimento do direito à liberdade de expressão ou vice-versa? A resposta será construída no desenvolvimento do próximo capítulo.

2.3 APLICAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO AMBIENTE DO TRABALHO

Uma vez prevista pela Constituição Federal, a liberdade de expressão necessariamente repercute no âmbito do Direito do Trabalho. Sua aplicação incide desde o momento da contratação do trabalhador, até a extinção de seu contrato de trabalho. Nesse sentido aduz Cristiane Maria Freitas de Mello:

Os trabalhadores, que não deixam de ser cidadãos quando introduzidos nas organizações empresariais, têm pleno direito de liberdade de pensamento, opinião ou ideias, não se fazendo necessária a existência de legislação infraconstitucional nesse sentido.⁴⁶

Como já visto anteriormente, a liberdade de expressão é corolário da dignidade da pessoa humana, e sua observância possui relação com o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. A partir disso, conclui-se que uma limitação da livre manifestação do pensamento no âmbito do trabalho, ainda que realizada por superior hierárquico, se apresenta como violação à direito fundamental, podendo o empregado pleitear o dano de natureza extrapatrimonial na forma do art. 223-B, da Consolidação das Leis do Trabalho – norma inserida pela Lei 13.467/2017.

O respectivo dispositivo presente na CLT, diz que é causa de dano extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física. Veja, quando se proíbe o indivíduo de manifestar seu pensamento, ainda que seja em seu local de trabalho, está-se cometendo um ato que ofende a esfera existencial do sujeito. Isto porque se expressar é característica da natureza humana. Seria negar a

⁴⁶ MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais: e a repercussão no contrato de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 97

existência do indivíduo ao proibir sua expressão. Também nessa lógica escreve Cristiane Maria Freitas de Mello:

Nessa linha, é imprescindível recordar que a tutela laboral não se limita apenas à concreta aplicação dos direitos laborais específicos, mas também ao efetivo desenvolvimento da personalidade dos trabalhadores também na empresa.⁴⁷

Contudo, a liberdade de expressão possui limitações no direito do trabalho, tanto quanto nas relações puramente civis. É fundamental recordar de que a forma como se expressa um empregado, pode lesar a honra, a imagem e a boa-fama do indivíduo, o que gera a possibilidade de dispensa por justa causa do trabalhador, na inteligência do art. 482, j, da CLT. Aqui, o legislador, ao falar sobre honra, imagem e boa-fama, tratou todos os institutos como se um único fosse, o que não representa erro, haja vista que temos a imagem-atributo, a honra e boa-fama diretamente relacionadas à reputação da pessoa (jurídica ou física).

Aqui, uma vez mais, surge a confrontação de direitos fundamentais – liberdade de expressão vs. direitos da personalidade – de modo que, para se definir os limites da liberdade de expressão do empregado ou para se concluir se realmente houve, ou não, lesão à honra do empregador, é necessária análise do caso concreto.

Importante ressaltar, ainda, que a supressão da liberdade de expressão do empregador feita ao empregado, não enseja hipótese de rescisão indireta prevista no art. 483, CLT. Isso porque o rol da referida norma é taxativo e, nele, não se encontra a situação de violação à liberdade de expressão pelo empregador.

⁴⁷ MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais: e a repercussão no contrato de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 98

CAPÍTULO 3 – COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR E O DIREITO À HONRA DE SEU EMPREGADOR

3.1 A RELAÇÃO DE TRABALHO E SUAS IMPLICAÇÕES NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR

O art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho delimita a jornada de trabalho em um máximo de oito horas diárias. Isto quer dizer que o trabalhador se encontra inserido no ambiente de trabalho durante um terço de seu dia. Por óbvio, em razão de sua condição humana, em algum momento de seu expediente, o trabalhador manifestará sua opinião acerca de um determinado fato. Tal opinião pode ser sobre o desempenho do seu time do coração, sobre a performance do artista de determinada telenovela ou mesmo sobre alguma notícia envolvendo o mundo político.

Em uma dessas ocasiões de fala do empregado, pode estar presente o empregador, que será seu interlocutor. Nesse ponto, é importante realçar a existência de hierarquia e subordinação entre empregador e empregado. Portanto, supondo que o empregador não concorde com a opinião de seu empregado e, levando em conta a existência de seu poder disciplinar, pode o empregador aplicar alguma sanção ao empregado? Claramente tal ato seria um absurdo frente aos princípios formadores do nosso direito e, nesse caso, estaria incorrendo o empregador em clara violação ao art. 5º, IV, da Constituição Federal.

Contudo, a interação entre empregador e empregado não se exprime somente em ocasiões de tão fácil resolução como a descrita acima. As relações humanas são complexas e a linguagem, por vezes, apresenta falhas. Das comunicações interpessoais, podem surgir mal-entendidos que conduzirão a rugas entre os comunicantes.

Entre o trabalhador e seu patrão, portanto, podem haver atritos. O empregado pode não estar satisfeito com seu ambiente de trabalho ou, ainda, com as atitudes de seu chefe, bem como este pode não estar satisfeito com as opiniões do empregado. E

quais condutas são válidas – tanto para trabalhador, quanto para patrão – nesse momento de discordância? Quais os limites para essas condutas?

A conduta ideal diante dessas situações deveria ser pautada pela razoabilidade, de modo que nem empregado, nem empregador, se excedam e acabem por violar direitos. O empregado, por exemplo, tem o direito de informar ao patrão, de maneira razoável e educada, tudo o que lhe incomoda em seu ambiente de trabalho. Todavia, corriqueiramente, nessas ocasiões, o bom senso não impera, de modo que ou o empregado acaba cometendo falta grave por ofender a honra do empregador (CLT, art. 482, “j”), ou o patrão aplica sanção desproporcional e injusta. Carlos Henrique Bezerra Leite expõe:

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. Em qualquer caso, não haverá justa causa se o empregado praticou o ato em legítima defesa, própria, como o revide imediato a uma agressão à sua honra, ou de outrem, no caso de revide à agressão à pessoa de sua família.⁴⁸

O exemplo clássico de ofensa à honra do empregador ocorre quando, recebida uma ordem pelo empregado, este o responde com insultos e palavras chulas.⁴⁹

Em ambos os mencionados casos, geralmente não se vê resignação das partes, fato pelo qual são ajuizadas ações que visam a pacificação do conflito, principalmente ações que requerem a conversão da dispensa por justa causa em dispensa imotivada e o conseqüente pagamento da diferença das verbas trabalhistas.

Eis que, ajuizada a ação na justiça do trabalho, surge para o magistrado a tarefa de determinar se prevalece a liberdade de expressão do empregado e se lhe é devida a conversão da dispensa por justa causa em dispensa imotivada, ou se prevalece a honra do empregador e se mantém a dispensa por falta grave.

A conclusão a que se chega, *in casu*, é a colisão de princípios constitucionais, especificamente a liberdade de expressão do empregado frente o direito à honra do

⁴⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 612

⁴⁹ *Ibidem*, p. 612

empregador. Perceba que o grau de generalidade da norma que garante a liberdade de expressão e o direito à honra é patente e, por esse motivo, tais normas podem ser taxadas como princípios, conforme explicação de Alexy:

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.⁵⁰

Em tempo, há que se falar aqui de uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, uma vez que,

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre, então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.⁵¹

À vista disso, o conflito entre os institutos mencionados,

[...] cria uma Lei de Colisão destinada a resolver eventual embate através de uma ponderação de precedências e pesos dos Princípios em colisão, não obstante leciono que eles estão sempre no mesmo nível hierárquico, possuindo tão-somente no caso concreto, diferentes pesos. Dessa feita, propõe que, na análise da precedência, sejam verificadas, as consequências fáticas e jurídicas que a aplicação de cada Princípio acarretará no caso em exame e, para tanto, apresenta como ferramenta analítica o Critério da Proporcionalidade [...].⁵²

De tal entendimento, se depreende um método para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, qual seja a técnica da ponderação, proposta inicialmente pelo jurista alemão Robert Alexy e que será detidamente analisada no capítulo abaixo.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87

⁵¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 68-69, set. 1999.

⁵² BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 89-90

3.2 A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ponto inicial da discussão sobre o conflito entre princípios se encontra na ausência de um critério hierárquico entre os princípios. Partindo dessa premissa, diante de um conflito principiológico, deduz-se, desde logo, que não haverá prevalência presumida de um sobre outro. Nesse sentido argumenta Branco:

No conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, conforme a relevância de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.⁵³

Nesse mesmo sentido, aborda Alexy:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.⁵⁴

Portanto, é necessário destacar que o peso de um princípio (direito fundamental) será maior do que outro a depender do caso concreto, isto é, para a resolução do conflito entre direitos fundamentais, será necessária a análise profunda do caso concreto.

Então, com base no caso fático e diante da colisão entre princípios, deve-se adotar o sopesamento entre tais *mandados de otimização*⁵⁵. A máxima da proporcionalidade, por sua vez, é constituída por três etapas elementares: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁶

Na primeira etapa, denominada adequação, é óbvio que o julgador deverá observar se a medida a ser adotada para o caso concreto é adequada. Seria hipótese de se verificar, por exemplo num caso em que o empregado direciona palavras de baixo

⁵³ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 182

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94

⁵⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 74-75, set. 1999.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 78

calão ao empregador, se a medida de dispensa por justa causa é capaz de preservar seu direito à honra. Nesse sentido, se se demonstrar que, para a preservação do direito à honra do empregador, a medida se mostra adequada ao caso, então tem-se a superada essa fase.

Noutras palavras,

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;⁵⁷

A segunda etapa é apresentada como necessidade, e sua aplicação consiste na averiguação sobre se a medida discutida em juízo poderia ser substituída por outra. E mais, o critério da necessidade busca averiguar se, na presença de duas medidas possíveis, foi escolhida a menos gravosa. Ana Paula Taucedo Branco afirma:

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 mais benéfico e menos restritivo ao indivíduo;

Ainda quanto ao critério da necessidade, Robert Alexy traz exemplo que esclarece o conceito. Veja:

Uma portaria do Ministério para a Juventude, Família e Saúde continha a proibição de comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, eram feitos sobretudo de flocos de arroz e não eram, portanto, produtos genuinamente de chocolate. O objetivo dessa portaria era proteger o consumidor contra compras equivocadas. O Tribunal Constitucional Federal observou que uma tal proibição de comercialização de mercadorias seria inteiramente adequada para proteger o consumidor. Se há uma proibição de que algo seja comercializado, o risco de que ele seja comprado por engano é pequeno. No entanto, a proibição de comercialização não seria necessária. Haveria uma medida igualmente adequada e, ao mesmo tempo, menos invasiva. Um dever de identificação no rótulo poderia combater o perigo de confusões e equívocos “de maneira igualmente eficaz, mas de forma menos invasiva”.

Por último se tem a proporcionalidade em sentido estrito, que se trata de análise da medida adotada no sentido de identificar se sua aplicação se justifica diante do caso concreto. É garantir “que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que

⁵⁷ BRANCO, Ana Paula Taucedo. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007. p.90

se pretende obter com a solução”.⁵⁸ Nesse ínterim, Ana Paula Taucedo Branco leciona:

- 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 a 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 deverão ser os fundamentos que justificam a adoção de dada medida para a resolução da colisão.⁵⁹

Compreendido o método da ponderação alexyana, torna-se oportuno abordar que a sua aplicação é comum na jurisprudência brasileira. Todavia, sua utilização, não raramente, é equivocada. Isso porque os operadores do direito brasileiro, tendem a tratar do termo “princípio da proporcionalidade” como sinônimo da técnica de ponderação trazida por Alexy.

A máxima da proporcionalidade não pode ser tratada como se princípio fosse, justamente porque se trata de um método para solucionar a colisão entre princípios. Assim segue a crítica de Streck e Dalla Barba:

Na famosa teoria dos direitos fundamentais, a proporcionalidade é uma máxima utilizada como método para aplicar a colisão entre princípios. Trata-se da máxima da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). E isso não é apenas uma discussão semântica. Na medida em que a máxima da proporcionalidade é o critério para determinar o peso da colisão entre princípios, como poderia ser, ela mesma, um princípio?⁶⁰

A título exemplificativo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar agravo regimental em inquérito nº 3.922/CE (9999835-97.2014.1.00.0000), sedimentou:

Em síntese, a aplicação do **princípio da proporcionalidade** se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas

⁵⁸ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 183

⁵⁹ BRANCO, Ana Paula Taucedo. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007. p.90

⁶⁰ STRECK, L. L.; DALLA BARBA, R. G. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **ConJur**, São Paulo, 11 dez. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁶¹ (grifo nosso)

Portanto, o que se constata na práxis jurídica brasileira é uma inobservância à teoria como fora devidamente proposta.

Além do mais, é importante realçar que o art. 8º, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho declara que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, de modo que o Código de Processo Civil deverá ser observado em ausência de norma processual num determinado caso.

Nesse sentido, o art. 489, § 2º do Novo Código de Processo Civil aponta que, diante da colisão entre normas, o juiz deverá justificar, dentre outras coisas, os critérios gerais da ponderação efetuada. Portanto, vê-se que a técnica da ponderação foi opção do legislador para a solução de conflitos entre normas e que, assim, deverá ser aplicada, também, às questões afetas ao direito do trabalho.

Pois bem.

Vencido o tema da técnica da ponderação para solução da colisão entre princípios, passa-se a estudar, agora, o conflito derivado do poder disciplinar do empregador frente a liberdade de expressão do trabalhador nas redes sociais, assunto que vem ganhando destaque, dado a recente e enorme expansão das mídias sociais da *internet*.

⁶¹ STF, AgR Inq 3922/CE. 2ª T., 9999835-97.2014.1.00.0000/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.12.15, p. 22

3.3 O PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR ANTE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR NAS REDES SOCIAIS

Não há dúvidas de que o ambiente da *internet* tem crescido muito, e que as interações sociais alcançaram um novo patamar, no qual é possível se comunicar com alguém que esteja do outro lado do mundo sem maiores dificuldades. Assim adverte Cristiane Maria Freitas de Mello:

A rede vem representando para um número crescente de pessoas um instrumento cotidiano de trabalho, estudo, negócio, relações pessoais, entretenimento, entre outros. A promoção do seu uso (seja pelo indivíduo, seja pela comunidade) vem sendo admitida como um fator de desenvolvimento para os países tecnologicamente avançados e para aqueles em via de desenvolvimento como o Brasil.⁶²

As redes sociais (ou mídias sociais) constituem um mercado bilionário em que as empresas se desdobram para angariar novos usuários. Não raramente se tem notícia de que uma empresa do ramo adquiriu sua concorrente, aumentando, assim, o número de internautas que acessam sua rede e, conseqüentemente, o valor de mercado de sua companhia. Exemplo claro foi a compra efetuada pelo *Facebook* do aplicativo de celular *WhatsApp*, que alcançou a monta de 22 bilhões de dólares.⁶³

Com o crescimento do acesso à internet e a criação de ambientes *online* que promovem a interação social, logicamente que muitos dos problemas vividos na vida real passariam para o ambiente virtual.

Como já abordado em capítulo acima, a comunicação entre indivíduos por muitas vezes é falha e dotada de mal-entendidos, situação que não é diferente no âmbito das redes sociais. Nesse sentido, é comum se deparar com discussões acaloradas que permeiam os comentários de uma publicação em rede social.

⁶² MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais: e a repercussão no contrato de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 91

⁶³ Facebook finaliza aquisição do WhatsApp por US\$ 22 bilhões. **G1**, São Paulo, 6 out. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>> Acesso em: 30 mai. 2018.

Ainda nessa toada, não haveria razão para ser diferente a relação entre o empregador e o trabalhador no universo da *internet*. Isso porque tais mídias sociais possibilitam, por exemplo, que o empregado indique o seu local de trabalho e publique seu horário de almoço em seu perfil da rede social.

Além do mais, as mais populares redes sociais – como o *Facebook* e o *Twitter* – disponibilizam uma caixa de diálogo para que seu usuário possa, ali, exprimir seu pensamento. E quanto a manifestação do pensamento, é importante recordar de sua relação direta com a liberdade de expressão, que “tutelada pela Constituição, se compõe de dois elementos importantes: a formulação da expressão e o uso de um meio para sua difusão. A rede, portanto, é um meio de difusão”.⁶⁴

E como há instrumento que concretiza a possibilidade de o empregado se manifestar nas redes sociais, não é de se espantar que este a utilize para efetuar críticas a seu empregador, como explica Cristiane:

Esse desafio vem se apresentando sobretudo quando o tema envolve as redes sociais uma vez que se trata de um meio de difusão que atinge uma dimensão talvez maior do que a pretendida Diz-se isso porque atualmente as redes sociais têm servido de espaço para diversas manifestações de pensamentos críticas e denúncias dos empregados em relação aos seus superiores condições de trabalho e perfil ético da atividade do empregador.⁶⁵

Nesse ponto, é importante indagar quais os limites do poder disciplinar do empregador ante a liberdade de manifestação do pensamento do empregador nas redes sociais.

A jurisprudência vem entendendo pela aplicação – ainda que equivocada, como já estudado – do “princípio da proporcionalidade” para identificar casos em que se pode aplicar a punição máxima ao trabalhador, qual seja, a justa causa.

O julgamento realizado pela 2ª Turma e de relatoria da Ministra Maria Helena Mallmann do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 423-90.2015.5.12.0028, versou sobre situação em que o reclamante – que pleiteou conversão da dispensa por justa causa em dispensa imotivada – havia feito publicação

⁶⁴ MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais:** e a repercussão no contrato de trabalho. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 93

⁶⁵ *Ibidem*, p. 99

em seu perfil do *Facebook* comemorando o fato de ter conseguido atestado médico que o liberou do labor por 15 dias. Logo em seguida, o empregado proferiu palavras de baixo calão direcionadas ao empregador.

A reclamação trabalhista foi julgada improcedente, tendo o TST entendido pela aplicação do art. 482, b, da Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que trata do mau procedimento do empregado, garantindo assim sua dispensa por justo motivo.

Em outro caso semelhante, o Tribunal Regional do Trabalho da 10^a Região, negou provimento ao Recurso Ordinário nº 27792012102100060/DF. Isso porque o Recorrente, que também pleiteava a conversão da dispensa por justa causa em dispensa imotivada, realizou comentário no *Facebook* afirmando que seu ambiente de trabalho possuía aspectos de escravidão. Contudo, o recorrente não comprovou a veracidade dos fatos, tornando-se acusação não fundamentada grave. Nesse sentido:

Como se vê, o reclamante via sua ex-empregadora como escravocrata, o local de trabalho como uma senzala e sua condição a de um escravo, optando por deixar clara e explícita esta sua opinião na rede social da qual participa. Por evidente, ao assim proceder, o reclamante maculou a imagem e a honra de sua empregadora, rompendo definitivamente com a fidúcia necessária para a manutenção do pacto, dando causa, pois, à resolução motivada do contrato de trabalho.⁶⁶

Como se vê, a jurisprudência trabalhista tem atuado no sentido de analisar caso a caso, em quais hipóteses o ato do empregador nas redes sociais enseja a falta grave e sua respectiva punição, ou seja, a dispensa por justa causa.

Vale destacar que, no caso descrito acima, o empregador imputa ao patrão um crime previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro. Dessa maneira, o empregado, ao não demonstrar a veracidade do que foi dito por si, comete o crime de calúnia (CP, art. 138, caput). A conclusão que se chega diante dessa hipótese é a existência de ofensa à honra do empregador de maneira presumida, de modo que agiu bem o julgador.

Resta constatado, também, que

⁶⁶ TRT-10, RO 2779201210210006/DF. 3^a T., Rel. Des. Douglas Alencar Rodrigues, j. 30.10.13.

Disso decorre que apenas o abuso deve ser evitado entendendo-se por abuso da liberdade de expressão as declarações difamatórias feitas excessivamente a não absoluta discricção a depreciação sistemática do empregador e as falsas acusações.⁶⁷

Portanto, a atividade desempenhada pela jurisprudência parece ser a opção mais razoável, tendo em vista que não há fundamento para que se opte pela aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro. A liberdade de expressão deve ser garantida quando não há abuso em sua prática, assim como o direito à honra e a imagem do empregador não podem ser impunemente atingidos diante de uma publicação excessivamente ofensiva na rede. Nesse sentido, Cristiane Maria Freitas de Mello expõe:

Em síntese a liberdade de opinião dos trabalhadores nas redes sociais ou em qualquer outro meio de reprodução não deve afastar a consideração devida à empresa no sentido de que serão vedadas as condutas típicas do Direito Penal calúnia injúria e difamação e aquelas em que inexista proporção entre as expressões utilizadas a finalidade perseguida e os meios utilizados. Esses excessos estarão sujeitos à sanção na medida da sua gravidade.⁶⁸

Ademais, é imprescindível ressaltar a importância do direito de crítica do empregado, que, com seus argumentos críticos à atuação de seu empregador, pode contribuir para que a empresa mude suas atitudes e se empenhe para melhorar o ambiente de trabalho.

⁶⁷ MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais: e a repercussão no contrato de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 100

⁶⁸ *Ibidem*, p. 100

CONCLUSÃO

Durante toda história da vida em sociedade, as mudanças tecnológicas propiciaram mudanças no âmbito do direito. Quando o automóvel passou a ser utilizado em larga escala e passou a ser meio de transporte popular nos grandes centros urbanos, normas de trânsito precisaram ser criadas para regular o tráfego dos veículos.

Assim também ocorre com a ampliação do uso das redes sociais. As relações interpessoais não mais se restringem ao contato pessoal, mas também ao contato virtual por meio da *internet*. As redes sociais se tornam meio de difusão de diversas informações, inclusive dados que podem ofender a integridade moral e existencial de uma pessoa.

Ademais, como a sociedade é dividida entre patrões e empregados, é normal que a interação virtual ocorra, também, entre tais sujeitos. Restou demonstrado que as redes sociais funcionam como instrumento para que tanto empregado, quanto empregador se manifestem. Além disso, ficou, ainda, demonstrado que, dessa interação, surgem conflitos, que, por sua vez, desencadeiam colisões entre direitos fundamentais – liberdade de expressão por um lado, direito à honra no outro.

Dos conflitos, que sem sombra de dúvidas atingem a esfera das relações de trabalho, surge para o Estado-juiz a responsabilidade de aplicar o melhor direito. Todavia, não existe legislação trabalhista específica para que sirva de base para dirimir conflitos que envolvam a liberdade de expressão do empregado e o direito à honra do empregador.

Desse modo, o magistrado deve analisar minuciosamente o caso concreto para decidir qual a medida mais razoável a ser aplicada. Para tanto, deve fazer o uso da técnica positivada pelo art. 489, §2º do Novo Código de Processo Civil, ponderando a medida mais adequada e necessária, além de ser a medida que gerará menor sacrifício ao sucumbente. Trata-se da técnica da ponderação proposta por Robert Alexy e que, ao ser positivada, ganha destaque no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, verificou-se que a jurisprudência vem, há alguns anos, aplicando a técnica da ponderação. Porém, ainda que adotada, a técnica sofre distorções e não é vislumbrada da forma como propôs Alexy. A jurisprudência, nesse sentido, demonstra uma atecnia, visto que aplica o “princípio da proporcionalidade”, que, como já mostrado, é um termo equivocado. Além disso, a técnica não raramente é posta de forma demasiadamente genérica, não explicando o togado os critérios utilizados em sua formulação.

No entanto, ainda que marcadas por algumas falhas, as decisões das Cortes regionais e superiores do trabalho se apresentaram como satisfatórias, sobretudo porque trabalham com a perspectiva da razoabilidade, buscando empregar o bom senso.

Dessa forma, demarcados os temas i) direito à imagem; ii) direito à honra – sendo este o verdadeiro agredido pelo excesso da liberdade de expressão – e; iii) liberdade de expressão, concluiu-se que os limites para a aplicação de sanções disciplinares do empregador em face do trabalhador diante da manifestação de seu pensamento nas redes sociais encontram-se balizados pela técnica da ponderação, devendo o julgador analisar o caso concreto e adotar a medida que gera o menor sacrifício à um dos direitos elencados. Noutras palavras, o julgador é obrigado, diante de tal hipótese, a combater os excessos cometidos, tanto pelo empregador quando de sua aplicação irrazoável da sanção ao empregado, quanto pelo trabalhador que se excede em sua manifestação na rede social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 74-75, set. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, AgR Inq 3922/CE. 2ª T., 9999835-97.2014.1.00.0000/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.12.15

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Ac. 4ª T., REsp. 267.529/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3.10.00, DJU 18.12.00

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Ac. 4ª T., REsp. 794586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.12, DJe 21.03.12

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. RO 2779201210210006/DF. 3ª T., Rel. Des. Douglas Alencar Rodrigues, j. 30.10.13.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais**: e a repercussão no contrato de trabalho. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

REIS; RIDENTI; MOTTA. **O golpe e a ditadura militar 40 anos depois (1964 - 2004)**. 1. ed. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2004.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SARMENTO, D.; GALDINO, F (Orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIQUEIRA, D. P.; RUIZ, I. A. **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. 1. ed. Birigui: Boreal, 2015.

STRECK, L. L.; DALLA BARBA, R. G. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **ConJur**, São Paulo, 11 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexynana-stf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.