

O USO DO CONTEÚDO VEICULADO NAS REDES SOCIAIS PELOS ATORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO: a posição dos tribunais trabalhistas brasileiros.

THE USE OF INFORMATION FROM SOCIAL NETWORKS BY THE ACTORS IN THE EMPLOYMENT RELATION: the position of the Brazilian Labor Courts

Rosane Leal da Silva

Centro Universitário Franciscano

Marcelo Barroso Kümmel

Centro Universitário Franciscano

RESUMO: Este artigo discute o uso das tecnologias da informação e comunicação por empregados e empregadores, com ênfase para a Internet, destacando as formas de uso que têm contribuído para a produção de novos conflitos, que estão a desafiar os operadores jurídicos e o Poder Judiciário Brasileiro. Para abordar o tema empregou-se o método monográfico, a partir do qual foi feita a seleção de uma situação específica de uso, qual seja, a utilização das redes sociais, crescentemente acessada por empregados e empregadores. Os primeiros se valem desse espaço para a realização de manifestações referentes à situação de trabalho ou às empresas com as quais mantém relação de emprego; e estas, por sua vez, com maior frequência percorrem os perfis das redes sociais em busca de informações que possam justificar despedidas ou servir de meio de prova em processos judiciais. Essas novas práticas, levadas a efeito pelos atores da relação de emprego, revelam a interpenetração do espaço público e do privado, suscitando novos interrogantes aos operadores jurídicos e, em alguns casos, evidenciando o conflito entre a liberdade de expressão do empregado, exercida fora dos limites da empresa e para além da jornada de trabalho, mas que tem se mantido sob o poder de vigilância do empregador. É sobre esse tema que versa o presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: novas tecnologias; direitos fundamentais; redes sociais; conflitos trabalhistas.

ABSTRACT: This paper discusses the use of the information and communication technologies by employees and employers, emphasizing the Internet and highlighting the ways it is used which have been arising new conflicts that challenge the judges and the Brazilian Judiciary Court. It was used the monographic method to approach the theme, from which a specific situation of use was selected, being it the use of social networks increasingly accessed by employees and employers. The formers use this space to express their opinions about their work situation or about the companies they work for and the companies, on their side, more frequently, access this social network's profiles in search for information to justify dismissals or as evidence in lawsuits. These new practices, put into effect by the actors in the employment relation reveal the interpenetration of the public and private space, originating new inquiries to the judges and, in some cases, revealing the conflict between the employee's freedom of speech, exerted outside the company's limits and beyond the work -hours, however kept under the employer's eye. The present work discusses this theme.

Key-words: new technologies; fundamental rights; social networks; labor conflicts.

INTRODUÇÃO

Os primeiros anos do século XXI têm sido marcados por novas formas de comunicação e interação interpessoal produzidas com o auxílio das novas tecnologias da informação e comunicação, em especial a *Internet*. Seu uso, em ascensão entre brasileiros, permitiu novos usos que rapidamente foram incorporados ao cotidiano de muitas pessoas,

dentre eles a participação em redes sociais, com destaque, no caso brasileiro, inicialmente para o *Orkut*, e mais tarde também para o *Facebook* e o *Twitter*.

Essas redes sociais permitem inúmeros usos, que vão desde a formação de uma página para o usuário, que pode exibir suas preferências, colecionar amigos, divulgar fotos e vídeos e manter contato com inúmeras pessoas, valendo-se inclusive de comunicação instantânea, até a atuação mais coletiva, que é feita quando o usuário participa de comunidades, relacionando-se com quem partilha dos mesmos gostos e interesses constituindo, a partir das trocas, em espaço de fala e de expressão do pensamento.

Pois esses novos espaços *virtuais* têm suscitado interessantes conflitos trabalhistas *reais*, quer seja pelo uso das tecnologias pelo empregado durante a jornada de trabalho, quer isso se dê em virtude dos conteúdos ali publicados, manifestações de empregados e empregadores, que têm servido de argumento em reclamações trabalhistas, desafiando o Poder Judiciário a enfrentar e produzir teses e fundamentações novas, típicas do tempo em curso.

Esse novo quadro aponta, também, para a interpenetração dos espaços públicos e privados, posto que práticas empreendidas pelo empregado fora do ambiente de trabalho têm sido monitoradas pelo empregador, que exerce seu controle de vigilância sobre o que é publicizado pelo empregado em seu perfil, nos perfis de outras pessoas, junto aos grupos de interesse do *Facebook*, por meio das mensagens postadas no *Twitter* ou nas comunidades do *Orkut* em que participa, conduzindo à reflexão sobre o conflito entre o poder diretivo e de vigilância do empregador e os direitos fundamentais do empregado, notadamente a liberdade de expressão, direito constitucionalmente assegurado, constituindo-se num dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A escolha por estes espaços de interação deu-se em virtude de o *Orkut* concentrar grande número de usuários brasileiros (cerca de 50% de seus usuários são brasileiros), segundo dados informados pela própria empresa que presta os serviços. Já o *Facebook* tem cerca de 845 milhões de usuários no mundo (PROTALINSKI, 2012) e, em 2011, o número de brasileiros nesta rede social atingiu a marca de 35 milhões de usuários, colocando o país em quarto lugar no ranking mundial, um crescimento de 298% em comparação aos 8,8 milhões de usuários de 2010. Dentre os países que lideram o ranking, foi o maior crescimento, pois o primeiro colocado, Estados Unidos, cresceu apenas 8% em 2011 e a Índia, segunda no ranking, cresceu 139% no último ano, gerando a expectativa de que o Brasil se torne, ao final de 2012, o segundo país com mais perfis na rede social, com 139 milhões de usuários (GRUPO, 2012).

As palavras-chave utilizadas para realizar a filtragem dos resultados foi "*Orkut*", "*Facebook*" e "*Twitter*" buscando-se, assim, delimitar a pesquisa aos processos em que são mencionadas as referidas redes sociais. A busca realizou-se nos Tribunais Regionais do Trabalho dos Estados integrantes das regiões sudeste e sul locais onde, segundo os dados da Pesquisa sobre o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação no Brasil (PESQUISA, 2011), há maior concentração de usuários da *Internet*. Além disso, a pesquisa, que se estendeu a cerca de trezentas e cinquenta e quatro mil empresas, aponta que 55% delas localizam-se na região sudeste, e 20% na região sul, sendo estas duas regiões com maior participação na amostra (PESQUISA, 2011, p. 185-186).

Para cumprir o objetivo de identificar os conflitos trabalhistas em que as redes sociais estudadas eram mencionadas, procedeu-se a busca nas páginas dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) dos Estados das Regiões Sudeste e Sul, bem como no site do Tribunal Superior do Trabalho (TST), utilizando-se o período de 1º-03-2005 a 1º-03-2012.

Na ocasião foram identificados e analisados duzentos e um julgados nos Tribunais Regionais do Trabalho, classificados em categorias, levando-se em consideração: a) se o conteúdo das redes sociais era invocado como meio de prova, inclusive para contraditar testemunhas arroladas em ações trabalhistas; b) como justificativa para a despedida por parte do empregador; tanto em virtude do conteúdo publicizado, quanto em razão do acesso durante a jornada de trabalho; c) ou se o conteúdo era invocado pelo empregado, para fundamentar pedido de reparação civil formulado contra o empregador. No TST foram encontrados onze casos, todos eles relacionados ao *Orkut*.

Para que se compreenda o cenário no qual os atores e conflitos se inscrevem, a análise dos principais casos encontrados será precedida de abordagem sobre os contornos da sociedade informacional, onde serão situadas as interações nas redes sociais. A essa fundamentação teórica inicial se seguem a apresentação e discussão dos dados obtidos na pesquisa jurisprudencial, momento em que se destacará o possível conflito entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado.

1 A INSERÇÃO DAS EMPRESAS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: o cenário brasileiro.

Para dar conta do desafio de inserir o Brasil na sociedade informacional, o Governo Federal tem realizado inúmeros esforços com vistas à ampliação e barateamento do acesso à *Internet*, o que tem contribuído para que cidadãos e empresas adotem essa tecnologia, utilizada tanto para ampliar os canais de acesso à informação e comunicação, principal

objetivo dos usuários individuais, quanto para otimizar a produção e implementar novos negócios, finalidades precípuas das empresas.

Com efeito, há inúmeras vantagens decorrentes do uso das tecnologias informacionais, pois conforme descrito por Silva e Kümmel (2010, p. 186-188), as empresas podem digitalizar e arquivar informações, tornando-as facilmente acessáveis, o que reduz o tempo de trabalho e as rotinas na empresa; além do que o uso das tecnologias permite contato mais direto e instantâneo entre empresa e consumidores e entre gestores e empregados. Esta última relação, no entanto, vai depender da maneira como as tecnologias são utilizadas pelo empregador, pois elas tanto podem se reverter em novos desafios e oportunidades de progressão funcional, quanto podem acentuar a precarização do trabalho, inclusive ultrapassando os horários que compreendem a jornada¹. Aliado a isso, as tecnologias informacionais podem contribuir para acentuar a vigilância do empregador sobre os atos do empregado, o que inclui, em alguns casos, até mesmo o controle das atividades e comunicações realizadas fora do horário de trabalho e do contexto profissional, quando, por exemplo, o empregador verifica a participação do empregado em redes sociais.

Em que pese esses pontos e contrapontos, parece que as vantagens decorrentes do uso das tecnologias têm seduzido os brasileiros, o que pode ser medido pelo número crescente de usuários que têm acessado a *Internet* no país. Em pesquisa realizada pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e Comunicação (CETIC), órgão vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, constatou-se que o número de internautas brasileiros atinge 41% sobre o total da população (PESQUISA, 2011, p. 152). Outro índice que vem registrando percentuais ascendentes é do número de empresas que passaram a dispor dessas tecnologias, posto que das cerca de trezentas e cinquenta e quatro mil empresas participantes da pesquisa em 2010, 97% possuem equipamentos conectados à rede mundial de computadores (percentual que chega a 100% nas empresas com 50 funcionários ou mais), fator que além de potencializar os negócios, ainda contribui para o desenvolvimento nacional (PESQUISA, 2011, p. 187).

As potencialidades do uso da *Internet* banda larga para o crescimento nacional foram destacadas por Carlos A. Afonso (2010, p. 65), representante do terceiro setor no Comitê Gestor da Internet no Brasil, que informa que em estudo recente do Banco Mundial consta

¹ A recente Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou o art. 6º da CLT, reconheceu que por meio das tecnologias da informação e comunicação o poder diretivo pode ser exercido à distância, pois “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (parágrafo único do art. 6º da CLT).

que um aumento de 10% no número de conexões nada larga representa um crescimento adicional de 1,3% no PIB do país. Cientes desse potencial, muitas empresas passaram a adotar as tecnologias informacionais, o que tem redefinido o ambiente empresarial no Brasil, como comprovam os dados da Pesquisa sobre o uso das Tecnologias Informacionais – TICs Empresas.

Nivaldo Cleito (2010, p. 75) também destaca algumas vantagens da adoção das tecnologias informacionais nas empresas, como a publicação de seus preços e serviços, e-commerce, interação com clientes e fornecedores por e-mail e redes sociais, realização de treinamentos à distância, bem como acesso a informações para obtenção de recursos.

Conforme referido acima, as redes sociais são reconhecidas como importantes canais de relacionamento entre clientes e fornecedores. O que ainda não foi discutido, no entanto, é o uso que empregados e empregadores têm feito dessas redes sociais, e que tem afetado as relações de emprego, dado que ainda não figura nas pesquisas.

Quanto ao uso da *Internet* no ambiente de trabalho, constatou-se, dentre as empresas pesquisadas pelo CETIC, que em média, 48% dos funcionários utilizam computadores conectados à *Internet* (PESQUISA, 2011, p. 189). Portanto, os dados revelados pela Pesquisa sobre o uso das tecnologias informacionais apontam para o crescimento do uso da *Internet* tanto por parte das pessoas, em suas relações e interações, quanto por parte das empresas. Assim, quer seja por imposição do trabalho, quer isso se dê com o objetivo de realizar atividades de comunicação, lazer e busca de informações, é inegável que o uso das tecnologias tem registrado maior penetração junto à população brasileira.

Na esteira dos aspectos positivos decorrentes de seu uso, novos conflitos têm se produzido, envolvendo os atores da relação de emprego, conflitos esses que migram do tradicional ambiente de trabalho e ganham novos contornos, quando se originam de conteúdos e comunicações levadas a efeito no ambiente virtual, especialmente em redes sociais, a exemplo do *Orkut*, *Facebook* e *Twitter*, redes que serão objeto de atenção na próxima seção.

2 A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS PELOS ATORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

A emergência de novos ambientes virtuais, que combinam espaço para comunicação, construção de coletivos inteligentes, publicação de imagens (fotos e vídeos) tem seduzido muitos usuários brasileiros, fazendo com que o Brasil se notabilize pelo número de internautas integrantes de redes sociais.

Para alguns autores, as redes sociais são sinônimo de comunidades, termo empregado nos anos 90 por Rheingold (1996, p. 20) para definir os agregados ou grupos sociais emergentes na rede mundial de computadores, constituída por pessoas que estabeleciam discussões públicas durante um tempo suficientemente capaz de criar e manter laços ou sentimentos humanos de pertencimento.

Fortim (2006, p. 189), por sua vez, acrescenta outras características configuradoras das comunidades, tais como a existência de relações de poder, compreendendo uma mínima estrutura onde alguém desempenha o papel de criador e mediador das discussões e o estabelecimento de uma pauta mínima, que une virtualmente os integrantes e em torno da qual as interações se desenvolvem.

As redes sociais podem adotar formas distintas, conforme explicado por Bustamante (2008, p. 46), que ao estudar o tema identificou quatro tipos ou segmentos mais populares: a) as redes destinadas a relacionamentos pessoais; b) aquelas que se ocupam com oportunidades de negócios e empregos; c) as redes voltadas ao encontro de parceiros ou parceiras; d) aquelas que permitem que as pessoas se mantenham em contato para finalidades diversas. Este estudo terá como objeto de análise as redes de relacionamento pessoais.

A característica marcante das redes de relacionamento pessoal é a permissão para que o usuário construa seu perfil e mantenha sua biografia na rede, sendo possível relacionar e manifestar preferências culturais e políticas. Há vários exemplos de redes sociais cujos atrativos, apesar de variarem de uma para a outra, apresentam pontos em comum. Dentre as mais conhecidas e frequentadas pelos internautas, é possível citar *Facebook.com*² e *Orkut*.

Apesar de as demais redes sociais terem muitos adeptos em outros países, no Brasil, o maior número de usuários inicialmente se dirigiu ao *Orkut*, serviço explorado pela Empresa *Google* e que registra grande percentual de brasileiros³. Tal número vem mudando, pois em 2010 o *Orkut* cresceu apenas 28% no Brasil, enquanto o *Facebook* cresceu 258% (TABORDA, 2012).

² Segundo Bustamante (2008, p. 48-49), *Facebook.com*, criado por Mark Zuckerberg, então estudante da Universidade de Harvard, constitui-se atualmente na rede social mais importante no Canadá, Egito, Jordânia, Líbano, Noruega, Panamá, Emirados Árabes e Grã Bretanha. O *Facebook.com* oferece espaço para que os amigos do usuário deixem recados e mensagens, além de permitir que o usuário publique fotos, vídeos e anexe links. Outras opções ofertadas pelo *Facebook.com* são as animações gráficas, os presentes ou pequenos ícones que são encaminhados junto com as comunicações enviadas pelo usuário e a possibilidade do envio de recados anônimos ou em ambiente privado, sendo que o nome do emitente e o conteúdo da mensagem não serão lidos pelos demais usuários.

³ Conforme os dados demográficos disponíveis no site do *Orkut*, o Brasil desponta em primeiro lugar em número de usuários, registrando 50,6% de internautas brasileiros (ORKUT, 2010).

Além do perfil, as redes sociais permitem que o usuário armazene fotos e vídeos, receba depoimentos e comentários sobre o material que publicou (incluindo suas fotos). Outro atrativo, presente no *Facebook* e no *Orkut*, é a possibilidade de o usuário cadastrar ou aceitar seus amigos o que, aliás, tem servido para muitos empregadores contraditarem testemunhas arroladas pelos (ex) empregados que ajuízam reclamações trabalhistas. Aliado a essas possibilidades, as redes sociais mostram-se abertas à criação do usuário, permitindo variadas publicações de conteúdo, como manifestações, críticas, convite para eventos e reuniões, etc., o que tem desencadeado inúmeros conflitos trabalhistas em razão da publicação de conteúdos considerados ofensivos ao empregador, como se verá ao longo do trabalho.

Tal situação tem aportado ao Poder Judiciário brasileiro, especialmente aquelas que envolvem as redes sociais pesquisadas, que figuraram em duzentos e um julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho que integram as regiões sudeste (MG, SP, RJ e ES) e sul (RS, SC e PR)⁴ e em outros onze julgados encontrados no *site* do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁵. No que se refere ao TST, somente se encontra julgados que envolvam o

⁴ Cento e oitenta e três julgados trataram de situações envolvendo o Orkut e oito casos se referiram ao Facebook.

⁵ 1) Recurso de Revista (RR) nº 39000.04.2007.5.04.0332, oriundo do RS, versando sobre doença laboral da reclamante, operadora de telemarketing, a qual se insurge a empresa, utilizando fotos do perfil da obreira em que ela aparece em seu salão de beleza, na cidade de Bento Gonçalves, realizando inúmeros procedimentos, o que ensejou a redução do valor da indenização por danos morais em virtude do desenvolvimento da doença; 2) RR nº 92700-91.2007.5.04.0332, no qual a Empresa Nestlé Ltda. se insurge contra a decisão judicial, mantida pelo TRT da 4ª Região, de cerceamento de defesa, posto que em seu entendimento não se teria admitido prova obtida no Orkut, que demonstrava que a única testemunha do obreiro tinha sido convidado por este a depor em seu favor, mediante promessa de recompensa. A empresa alegou cerceamento de defesa, tese não acolhida pelo TST no RR; 3) no RR nº 66600-45.2008.5.03.0153, a reclamada se insurge contra a decisão do TRT da 3ª Região que a condenou ao pagamento de danos morais em virtude de recado postado na página do Orkut da empregada doméstica, mensagem enviada pela filha da reclamada, na qual ela classifica de “malandragem” a atitude da obreira de ter ajuizado reclamação trabalhista postulando o pagamento dos 5 períodos de férias não concedidos; 4) Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) nº 170040.58.2005.12.0041, interposto pelo empregado que teve seu recurso ordinário considerado deserto em virtude de sua declaração de pobreza ter sido infirmada pelo empregador, que se valeu das informações constantes no Orkut do empregado; 5) AIRR nº 50940-13.2007.5.24.0007, interposto pelo empregado, que alega cerceamento de defesa por ter sua testemunha considerada amiga íntima a partir das informações obtidas no Orkut da empregada. 6) Em caso de contradita não acolhida (AIRR nº 321540-96.2006.5.02.0080), a decisão regional concluiu que a integração de comunidade no Orkut, ainda que participem de uma festa de confraternização, não permite a ilação de existência de amizade íntima entre a reclamante e a testemunha. Não se acolheu o recurso da reclamada porque sua pretensão implicaria reexame de fatos e provas; 7) No AIRR nº 31100-93.2009.5.02.0060, o magistrado se utilizou do acesso ao Orkut de dois empresários para, pelas idades por eles declaradas, presumir que no início da sociedade, aos 18 e 19 anos, seus recursos eram provenientes das empresas do grupo familiar, e a sociedade era administrada por sócios, em outros empreendimentos, dos pais, concluindo que os jovens com estes compunham grupo econômico; 8) No AIRR nº 100540-40.2007.5.03.0022 a reclamante pleiteava indenização por dano moral em face de que a rescisão de seu contrato de trabalho teria ocorrido por causa de apontadas irregularidades em instituição de ensino, veiculadas no Jornal local e no Orkut de alunos da Universidade. O Regional entendeu que a reclamante não provou o nexo de causalidade entre a despedida e as aludidas irregularidades, negando provimento o TST ao AIRR por implicar em reanálise de provas, para o que não se presta o recurso de revista; 9) Em outro caso de contradita não acolhida (RR nº 1877200-36.2006.5.09.0652), mais de um ano depois da colheita da prova oral em audiência, a reclamada juntou cópias do Orkut da reclamante, onde figurava entre seus amigos a testemunha ouvida e recados daquela para esta, alegando que, entre elas, havia amizade íntima. Concluiu o Regional que simples fato de constar como “amigo” no Orkut não configura uma amizade próxima a

Orkut, não tendo chegado àquela Corte, ainda, processos que envolvam o *Twitter* e o *Facebook*. Curiosamente, dos onze acórdãos estudados, apenas um não é oriundo dos tribunais regionais das regiões sudeste e sul (são três de São Paulo; dois de Minas Gerais; dois do Paraná; um de Santa Catarina; dois do Rio Grande do Sul; e apenas um do Mato Grosso do Sul), o que condiz com a metodologia adotada para selecionar os tribunais pesquisados.

No TRT da 2ª Região, de São Paulo, encontrou-se o maior número de incidências envolvendo as redes sociais (cento e dois casos): noventa e sete no *Orkut* e cinco no *Facebook*. Dos casos paulistanos, grande parte das situações envolvendo o *Orkut* tratou da utilização do seu conteúdo como meio de prova para impugnar testemunhas arroladas no processo, cuja alegação, em sua grande maioria, era de que as pessoas, por figurarem no *Orkut* do reclamante, eram detentoras de algum vínculo mais íntimo, o que as impedia de testemunhar. Esta situação aparece, também, em dois dos cinco casos que envolvem o *Facebook*.

No TRT da 4ª Região, sediado em Porto Alegre, foram encontrados cinquenta e dois julgados em que os termos pesquisados apareceram: cinquenta e um envolvendo o *Orkut*; e um o *Facebook*. Este Tribunal, por sua vez, apesar de ter registrado o segundo maior número de incidências envolvendo o *Orkut*, não apresentou tantos casos de contradita formulada a partir de conteúdo constante no perfil do reclamante, sendo que esse tipo de argumento não ultrapassou um quarto das incidências desse tribunal.

No TRT da 3ª Região, de Minas Gerais, foram identificados onze julgados em que o *Orkut* aparecia mencionado no recurso. Não houve nenhuma ocorrência com os termos *Facebook* e *Twitter*.

No TRT da 17ª Região, com sede no Espírito Santo, seis casos foram encontrados: cinco do *Orkut* e um do *Facebook*.

No TRT da 12ª Região, em Santa Catarina, foram encontrados dezoito casos: dezessete a respeito do *Orkut* e um a respeito do *Facebook*.

No TRT da 9ª Região, no Paraná, foram encontrados apenas dois julgados com o uso da palavra *Orkut* e os dois casos se referiam à utilização do conteúdo para contraditar testemunhas.

Embora registrando variações no número de incidências, o emprego do conteúdo (normalmente fotos ou vídeos) publicado pelo próprio autor da reclamatória trabalhista foi

ponto de prejudicar suas declarações. A decisão foi mantida no TST; 10) A argumentação de que o empregado foi despedido por acessar sites impróprios durante a jornada de trabalho aparece em depoimento de testemunha no RR nº 94600-72.2009.5.09.0567, cujo resultado confirmou a percepção do Regional de que os trabalhadores foram despedidos por não aderirem à campanha eleitoral da empregadora; 11) No AIRR nº 206040-54.2006.5.02.0056, em que se discutia a existência de relação de emprego, a reclamada pretendeu provar, por meio da página no *Orkut* da reclamante, que ela era empresária, e portanto não podia manter esta espécie de vínculo (o AIRR não foi conhecido porque o processo foi devolvido à instância ordinária para julgamento dos demais pedidos decorrentes do vínculo reconhecido em grau de recurso pelo Regional, cabendo a discussão acerca do vínculo somente depois de esgotada a instância recursal).

utilizado por empregadores na grande maioria dos tribunais regionais pesquisados, revelando que os empregadores estão cada vez mais atentos ao uso que os empregados fazem das novas tecnologias informacionais, quer esta utilização se dê no ambiente de trabalho, quer ocorra fora dele.

Assim, pode-se afirmar que os empregadores, por iniciativa própria ou incentivados por seus procuradores, já perceberam o quanto o conteúdo divulgado pode revelar comportamentos, opiniões e amizades do (ex) empregado, o que pode ser decisivo para infirmar credibilidade de eventuais testemunhas arroladas ou até mesmo justificar despedidas. O que surpreende é que os empregados parecem não perceber que são monitorados nas redes sociais, mesmo antes da contratação, fato que tem gerado consequências negativas ao seu contrato de trabalho, conforme análise dos casos, a ser empreendida na próxima seção.

3 O USO DAS REDE SOCIAIS PELO EMPREGADO

A partir da pesquisa empreendida constata-se que o conteúdo veiculado no ambiente das redes sociais tem cumprido papel mais importante do que simplesmente tentar afastar possíveis testemunhas: em muitos julgados do TRT de São Paulo, por exemplo, as manifestações feitas pelo empregado em comunidades do *Orkut* serviram para justificar sua despedida por justa causa. Os aspectos mais relevantes de cada caso serão destacados a seguir.

O primeiro destaque a ser feito é o do Recurso Ordinário nº 01397.2007.013.02.00-7, julgado pela 11ª Turma, tendo como recorrente Lahoud Indústria e Comércio Importações e Exportação Ltda. e recorrido Marcos Rogério de Souza Júnior. No caso em tela, Marcos Rogério foi despedido pela Empresa que figurou como recorrente, pois esta entendeu que o empregado teria incorrido em incontinência de conduta ou mau procedimento e ato lesivo contra a honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, amparando a despedida no art. 482, letras *b* e *k*, da CLT. Tal conduta imputada ao empregado era a de manter correspondência no *Orkut* com outros colegas de trabalho, nas quais, segundo o empregador, o obreiro já manifestava interesse em deixar a empresa, bem como, de acordo com a versão patronal, debochava do trabalho e da própria empresa.

A relatora do acórdão, Maria Cristina Fisch, ao enfrentar os argumentos recursais expendidos pelo recorrente, salienta que as mensagens trocadas no *Orkut* caracterizam-se pela linguagem cifrada e informal, o que as torna de difícil compreensão, e que a reclamada/recorrente teria conferido às mesmas a interpretação que lhe pareceu mais favorável, “entendendo as manifestações como sendo desonrosas ou mesmo a ela dirigidas, embora isto não esteja tão claro em todas as mensagens, como pretende fazer crer a

recorrente”. Aliado a isso, a relatora entendeu que as postagens dos empregados, nas quais manifestavam interesse em novas colocações no mercado de trabalho, não se constituem em falta grave a amparar a despedida, pois exerciam a sua liberdade de expressão. Para amparar sua posição, cita ementa de outro julgado, referente ao reconhecimento do direito à liberdade de expressão do empregado que troca e-mail pessoal com outro colega.

Outro ponto destacado no julgado é que a empresa demorou a adotar qualquer medida após o conhecimento da troca de mensagens entre os empregados, não aplicando nenhuma punição imediata, o que teria caracterizado perdão tácito.

Com esses fundamentos, a decisão da 11ª Turma do TRT da 2ª Região foi no sentido de confirmar a sentença, entendendo que a troca de mensagens não constituía motivo para determinar a severidade da medida imposta, o que assegurava ao empregado as verbas indenizatórias em virtude da reversão da despedida.

Analisando-se a decisão, percebe-se certa dificuldade dos julgadores em apreciar corretamente o tipo de manifestação feita no *Orkut*, posto que não se trata de troca de e-mail, constituindo-se, isso sim, da livre manifestação do pensamento dos trabalhadores num espaço novo, diferente do correio eletrônico, no qual há a interpenetração do público e do privado.

Apesar de bem lançada no que tange à decisão, que não poderia ser outra sob pena de sacrifício ao direito fundamental de livremente manifestar seu pensamento e seus anseios profissionais, assegurado constitucionalmente a todo o cidadão que vive num Estado Democrático de Direito, percebe-se que os fundamentos carecem de melhor articulação, posto que o próprio precedente, colacionado para corroborar a decisão, não se adequava perfeitamente ao caso, que versava sobre troca de mensagens em ambiente mais amplo, visível a outras pessoas.

Nesse sentido, um dos argumentos que poderia ter sido utilizado pelos julgadores diz respeito ao fato de a honra da pessoa jurídica, para ser violada, exigir o ataque de ordem objetiva, ou seja, como a pessoa jurídica não sente dor, constrangimento ou vergonha, seus direitos de personalidade só podem ser violados no momento em que as mensagens forem, efetivamente, hábeis a abalar sua credibilidade diante das demais pessoas, o que não foi comprovado pela empresa.

Outro caso de despedida por justa causa pela propagação, no *Orkut*, de conteúdos entendidos pelo empregador como desabonadores à empresa foi enfrentado no Processo nº 00436.2006.037.02.00-8, julgado pela 4ª Turma e Relatado pelo Desembargador Paulo Augusto Camara, tendo como recorrentes Exímia Serviços Temporários Ltda. e Caixa Econômica Federal e recorrido Cláudio Gonzaga da Silva.

Neste caso a despedida teria ocorrido sob o fundamento de o empregado ter “difamado” a empresa em comunidade criada na rede social, quando o obreiro teria reclamado do atraso no pagamento do vale transporte.

Em que pese a justa causa ter sido revertida, constata-se que os argumentos utilizados pela 4ª turma sequer mencionam o direito do empregado livremente expressar sua opiniões sobre algo que, ademais, entendia como direito seu, não satisfeito pelo empregador.

Por outro lado, a empresa sustenta e ampara medida extrema, como a despedida por justa causa, que trarão inúmeros reflexos negativos sobre a vida pessoal, familiar e as próprias condições existenciais do obreiro, mas em momento algum se aventa o controle que esse empregador está realizando fora do ambiente do trabalho e em espaço público, no qual qualquer pessoa pode exercer sua livre manifestação. Ora, caso a empresa realmente se sentisse atingida pelas palavras do seu empregado, poderia ajuizar ação de reparação civil, se fosse o caso de prática de conduta ilícita ou abusiva. Tais argumentos, no entanto, sequer foram considerados por qualquer das partes e, tampouco, pelos julgadores de ambas as instâncias que apreciaram o feito.

Quanto à atuação do Poder Judiciário trabalhista, verifica-se que ele segue operando com o mesmo referencial teórico que fundamentava as decisões antes do uso do aparato tecnológico, discutindo a falta de imediatidade da medida em face da ação do empregado, como se depreende da seguinte passagem:

A justa causa, por configurar medida punitiva extrema, deve ser robustamente comprovada pelo empregador, a exemplo da gravidade da falta e da imediatidade, as quais são imprescindíveis para a tipificação da medida extrema de que trata o art. 482 da CLT.

Não é este o caso dos autos.

Independentemente da autoria da "opinião", representada pelo documento de fl. 56, relevante para o deslinde da questão é que a conduta atribuída ao trabalhador teria sido manifestada em **28.06.2005**. Todavia, a demandada somente o dispensou em **14.03.2006**, ou seja, **9 meses** após a suposta falta. Doutra parte, não há nenhuma justificativa da ré para esta resposta tardia.

A ausência de tempestividade da medida implica no perdão tácito, desconfigurando-se a justa causa e impondo-se o pagamento das verbas rescisórias, conforme bem decidido. (BRASIL, 2007).

A crítica dirige-se ao fato de não terem sido considerados, pelos julgadores, os aspectos que se entende mais relevantes ao caso, quais sejam, a liberdade de expressão do empregado, de um lado, e a ampliação do poder de vigilância e controle do empregador, de outro. Quanto a este último aspecto, cabe apontar preliminarmente, para posterior enfrentamento, que tal controle se dá sobre postagens feitas pelo empregado no seu tempo livre, fora do ambiente de trabalho, mensagens essas que não foram interpretadas como hábeis

a macular a imagem da empresa. Portanto, em qual fundamento se ampara a despedida por justa causa, senão no exercício abusivo do poder de controle do empregador, que nestes casos ultrapassa as dimensões da empresa e supera o que se entende por exercício de poder diretivo?

Em outro Recurso Ordinário julgado pelo TRT da 2ª Região, a pretensão do empregador/recorrente foi ainda mais longe, pois amparou a despedida da empregada no simples fato de ela ter aceitado convite para integrar comunidade na qual outras pessoas teriam, segundo interpretação do empregador, difamado, injuriado e ameaçado sua filha, conforme se vê nas seguintes passagens extraídas do Acórdão nº 20070717081, relatado pela Juíza Rosa Maria Zuccaro

O recorrente fundamenta sua irrisignação na assertiva de aceitação da reclamante para participação em comunidade do Orkut, a qual tinha o objetivo claro de difamar, injuriar e ameaçar a filha do reclamado, configurando mau procedimento e ato lesivo a honra ou da boa fama do empregador e superiores hierárquicos, restando configurada a justa causa para a rescisão contratual.

Entretanto, olvidou-se o réu que a participação da autora no episódio foi apenas "pró-forma", vez que, envolvida pelas demais participantes para ingressar na comunidade, não teve atuação efetiva, pois, no desempenho dos misteres de faxineira, não tinha acesso a nenhum computador, máquina com a qual não mantinha qualquer familiaridade. Nesse contexto, sua foto no site da comunidade em nada lhe prejudica, pois comprovado que não foi reclamante a autora de referida inclusão.

Verificou-se que os fatos ocorreram entre final de dezembro de 2005 e janeiro de 2006, e os documentos de fls. 66/69 não indicam a presença da reclamante em conversas no Orkut. Em referido período a recorrida esteve de férias, conforme declaração patronal, o que demonstra cabalmente a ausência de sua participação em eventual ato de injúria ou calúnia contra a pessoa da filha do réu. [grifos no original]

Como se vê da passagem acima transcrita, sequer a empregada, simples faxineira, tinha feito qualquer manifestação contra a filha do reclamado, não havendo comprovação, conforme destaca o julgado, que o ingresso e colocação da foto na referida comunidade tenha partido da própria empregada, pessoa sem acesso ou familiaridade com computadores.

Fatos como esse demonstram, de maneira inequívoca, não só o controle que o empregador pretende realizar sobre a vida particular do empregado, bem como revela a necessidade de que tais abusos sejam efetivamente coibidos pelo Poder Judiciário Trabalhista, sob pena de o olhar de vigilância do empregador tomar todos os espaços da vida privada do empregado, elegendo fatos ao seu bel prazer para, a partir deles, justificar despedidas que, em verdade, são imotivadas.

Há que se registrar que nem todas as manifestações realizadas nesta rede social são idênticas para ensejar o mesmo tratamento e que o enfrentamento do tema, pelo Poder Judiciário, precisa ser cuidadoso, considerando o teor das mensagens, seu potencial para

efetivamente atingir a imagem da empresa, o momento em que foram publicadas e a proporcionalidade da resposta patronal.

Tais elementos exigem um exercício de contraposição de direitos por parte dos julgadores, desafiados à prestação de tutela jurisdicional que ultrapassa aquelas tradicionalmente decididas pelo Poder Judiciário, como se constata no Acórdão nº 20060666425, em que Leonardo Cases Martins figurou como recorrente e Plenna Especialidades Ltda., como recorrida.

Neste caso, julgado pelos magistrados da 9ª Turma do TRT paulista, Leonardo Cases Martins pleiteava verbas em razão de dispensa por justa causa, motivada pela prática de atos considerados lesivos à honra e boa fama da recorrida, consubstanciados em comentários feitos no *Orkut*. Segundo argumentos do recorrente, ele apenas teria externado o seu descontentamento profissional em virtude de promessas que não teriam sido cumpridas pela empregadora, o que teria sido feito em *site* de relacionamento restrito e fora do horário do expediente.

Segundo disposto no acórdão relatado por José Carlos Fogaça, a prova produzida no processo, no entanto, não corroborou os argumentos do recorrente, posto que

A prova documental comprova a participação do recorrente em comunidade da Orkut, denominada "QUE PLENNNA", idealizada com propósito único de difamar a empresa, assim como os comentários ofensivos dirigidos à recorrida, como se infere das declarações externadas pelo autor em resposta ao tópico "*Como é a vida após a Plenna?*": "*em breve saberemos como é realizar este desejo*" (fl.63).

Os documentos evidenciam, ainda, que as manifestações foram tecidas no horário de trabalho e, desta forma, com utilização de equipamento da recorrida, em afronta ao "termo de compromisso para usuários de terminais de computador e telefonia" (fl.84) e ao preconizado em norma interna da empresa, *in verbis*: "Art.45 – Para utilização dos computadores e telefones:

a) A utilização dos computadores e telefones são para uso exclusivo das rotinas de trabalho" (artigo 45 / "a" / fl.83).

Neste caso entende-se que realmente houve falta do empregado, posto que o mesmo se valeu dos equipamentos do empregador para, durante a jornada de trabalho, horário em que se espera, esteja cumprindo as atribuições inerentes ao cargo ocupado, propagar mensagens em ambiente público contra o próprio empregador. A questão que se discute, no entanto, é a adequação e proporcionalidade da penalidade aplicada pelo empregador, eis que não foi discutido se o empregado cumpria ou não as tarefas inerentes ao contrato de trabalho, bem como desconsiderado se houve, efetivamente, a mácula aos direitos de personalidade da empresa.

Percorrendo os julgados do TRT paulista, percebe-se que não foi apenas Leonardo Cases Martins que foi despedido pela Plenna Ltda. em virtude da criação e participação nessa comunidade. No Acórdão nº 20060395367, é possível encontrar maiores informações sobre os episódios que envolveram a referida empresa.

Neste novo julgado figura como recorrente Joel Rebelo Bittencourt, que ataca a decisão que manteve sua despedida por justa causa. Pelo depoimento do recorrente percebe-se claramente que ele admite ter sido o criador da comunidade “Que Plenna” no *Orkut*, utilizando-se dos equipamentos da empresa e agindo durante a jornada de trabalho. Admite, igualmente, que publicou mensagens nesse ambiente e “que se utilizou do símbolo da reclamada alterando com círculo ao seu redor que denota um rosto choroso”.

O presente caso se destaca, pois além de o empregado ter admitido e descrito sua forma de participação, o relator do acórdão, Valdir Florindo mostra-se familiarizado com as questões envolvendo o uso da *Internet* e do *Orkut*, preocupando-se em oferecer argumentos que se mostram mais atuais e adequados à sociedade informacional, utilizando-se, inclusive, de artigo de estudiosa das tecnologias informacionais, Patricia Peck, no qual são discutidos os males do *Orkut*.

Esse registro deve ser feito porque este é o primeiro caso em que, efetivamente, percebeu-se a tentativa de construção de raciocínio que, embora com limitações, busca compreender e trabalhar com a nova racionalidade jurídica que é imposta pelo uso das tecnologias da informação e comunicação. Eis destaques de parte do Acórdão, em que o julgador evidencia o conflito entre os direitos fundamentais do empregado e o exercício do poder diretivo do empregador:

Nem se alegue, outrossim, que a atitude perpetrada pela ré teria violado direitos constitucionais tais como: a livre manifestação do pensamento, a vida privada, a intimidade e o sigilo de correspondência. A uma, porque o site de relacionamentos em comento é de alcance público (repita-se repercussão mundial), não guardando qualquer relação com e-mails particulares. A duas, porque a criação da comunidade se deu durante o período de trabalho e, portanto, período em que o empregado se desviou dos misteres para os quais foi contratado. A três, porque utilizou de maneira abusiva de instrumento de trabalho e o que é pior, para denegrir a imagem da empresa bem como de seus funcionários, prepostos e superiores hierárquicos. Ademais, ao contrário do que pretende fazer crer o recorrente, muito embora o ‘livre pensar’ seja um direito constitucionalmente reconhecido, sua exteriorização encontra limites.

Tais argumentos, embora possam ser contrapostos, ao menos se mostram como nota distintiva desta decisão, tornando-a paradigmática frente às demais, acima citadas, que ao versarem sobre o mesmo tema se limitaram a repisar argumentos tradicionais, como a

aplicação tardia da penalidade da despedida, o que teria configurado perdão tácito, sem sequer referir os temas centrais que envolvem esses novos conflitos trabalhistas.

Sua fragilidade, no entanto, repousa no fato de ignorar que o trabalhador é a parte efetivamente vulnerável do contrato de trabalho e que, na maioria das vezes, seu poder de argumentação ou de defesa de direitos não satisfeitos pelo empregador se mostra deficitário, fato causador de frustrações por parte do obreiro. Tais situações podem servir como estopim para manifestações como as formuladas pelos empregados da Plenna Ltda. e o eventual comportamento que teria quebrado a “fidúcia”⁶ entre empregado e empregador precisaria ser melhor analisado, especialmente se instaurado o conflito com o direito constitucional à livre manifestação do pensamento, garantido a qualquer pessoa.

Nesse sentido vale referir interessante exemplo de conflito entre direitos, oferecido por Gediel (2006, p. 161-162). Conforme narra, no ano de 1985, o Tribunal Constitucional Espanhol foi instado a enfrentar o tema da colisão entre a autonomia privada e a boa-fé objetiva, de um lado, e da liberdade de expressão do trabalhador, de outro. O caso conflituoso teria se desenvolvido a partir da participação de médico integrante de Centro Psiquiátrico, que ao participar de programa televisivo, teria tecido fortes críticas contra os métodos utilizados na clínica e à sua gestão, o que gerou sua despedida após essa participação. O Tribunal Espanhol, apreciando o caso, entendeu que a despedida padecia de nulidade, haja vista que teve a finalidade de restringir a liberdade de expressão do empregado (e provavelmente dos demais), assegurada constitucionalmente, que devem ter primazia frente aos tradicionais direitos que envolvem a relação de emprego. Segundo Gediel (2006, p. 162),

Concretamente, a autonomia privada e os direitos e deveres contratuais dela derivados, sempre que entrarem em conflito com os direitos fundamentais, devem ser examinados à luz do critério ou princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais interferem na autonomia privada e tornam ofensivas à dignidade e lesivas aos direitos de personalidade do trabalhador todas as exigências contratualizadas ou pré-contratuais, que extrapolem a finalidade e os limites da operação econômica e venham a atingir o núcleo da pessoa [...]

Ora, parece inequívoco que a despedida por justa causa atinge o núcleo da pessoa, pois provoca uma série de problemas para a manutenção da vida do empregado dispensado e de sua família, retirando-lhe o acesso a direitos, como os depósitos do FGTS, seguro-desemprego, aviso-prévio, décimo terceiro proporcional e férias proporcionais. Por certo que

⁶ Ademais, em momento algum foi alegado, por parte dos empregados (e ai denota-se fragilidade também por parte dos argumentos expendidos pelos reclamantes) que a empresa, ao não cumprir as “tais promessas” que teria feito aos seus obreiros tinha, também, faltado com a confiança contratual, da qual os empregados também são merecedores.

as condições existenciais desse empregado são atingidas, impondo-lhe condições ainda mais gravosas de vida, posto que a despedida dessa natureza não lhe confere o direito à totalidade das verbas trabalhistas, além de lhe dificultar a obtenção de nova colocação no mercado. Essa penalidade, a mais rigorosa dentre aquelas que poderiam ser aplicadas pelo empregador, teve como fundamento a conduta ofensiva do obreiro para com os direitos de personalidade da pessoa jurídica. No entanto, houve efetivamente tal ofensa? Algum abalo na credibilidade da empresa foi comprovado, ou apenas a comunidade era partilhada por pessoas que se mostravam insatisfeitas com a postura da própria empresa e utilizavam o ambiente como um espaço de “desabafo”? Quantas pessoas externas à relação de emprego efetivamente acessaram e tiveram contato com o conteúdo, para justificar o abalo à honra e boa fama da empresa? Nada disso foi considerado!

Como se não bastasse essa fragilidade, ainda há que se considerar que a penalidade foi imposta em virtude da manifestação de pensamento e do exercício da liberdade de expressão dos empregados, o que desloca para o centro do conflito os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente a todos os cidadãos. A limitação a tais direitos ou a imposição de penalidade em virtude de seu exercício deve ser muito bem sopesada, sobretudo num Estado Democrático de Direito, cujo texto constitucional veda a censura.

Tal como destacado por Gediél na passagem acima transcrita, os conflitos envolvendo direitos fundamentais exigem que todos os elementos sejam considerados e sopesados, o que remete ao princípio ou critério de proporcionalidade.

Segundo lições de Ávila (2004, p. 112-124), o emprego da proporcionalidade exige o exame fundamental da adequação da medida, da sua necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o que impõe ao operador jurídico o enfrentamento das seguintes questões: o meio adotado promove o fim visado? Dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim visado, não há outro menos restritivo aos direitos fundamentais afetados? As vantagens e benefícios obtidos com a promoção do fim encontram corresponsivo nas desvantagens provocadas pela adoção daquele meio?

Partindo desses pressupostos, será que o meio utilizado pelo empregador (despedida por justa causa) justifica a finalidade, qual seja, evitar mácula à boa fama da empresa e rompimento da confiança que deve pautar a relação dos atores? A análise do caso concreto parece indicar o contrário, pois se o objetivo era evitar que a empresa ficasse com sua imagem e honra abaladas e até mesmo punir o empregado pela propagação de tais mensagens, por certo a despedida (meio empregado) não promoverá esse fim, já que em nada vai alterar a visão dos particulares, que por ventura tenham acessado as mensagens, sobre a boa fama da

empresa. Para obter esse fim se apresentam outras possibilidades, como a solicitação de retirada da página, o que evitaria que as manifestações se propagassem; o pedido de reparação civil formulado pela empresa contra o criador da comunidade, ao que poderia se cumular a aplicação de outra penalidade, menos severa que a despedida por justa causa, extremamente gravosa ao empregado, trazendo reflexos sobre suas condições existenciais e de sua família.

Tais considerações remetem à análise do segundo pressuposto, qual seja, a necessidade. Segundo Ávila (2004, p. 122), “O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido [...]”, o que envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do meio adotado. No caso em exame, em que o meio utilizado foi a despedida por justa causa, medida mais gravosa dentre aquelas que o empregador poderia escolher, tudo leva a crer que, caso o argumento fosse o da quebra irreparável da confiança, a empresa poderia lançar mão da despedida, sem adjetivá-la com a justa causa, o que já implicaria em punição, pois o trabalhador ficaria fora do posto de trabalho. Nessa segunda opção seria promovido o mesmo fim sem, todavia, afetar tão drasticamente os direitos fundamentais da pessoa do empregado e sua dignidade, cujo lugar ocupado na Constituição Federal de 1988 justifica que se confira tratamento especial.

O exame da necessidade exige que se adote a medida menos gravosa relativamente aos direitos fundamentais, de maneira a proteger aqueles direitos que se destinam a conferir tratamento digno à pessoa, sem os quais a sua dimensão de humanidade resta prejudicada. Essa análise se completa pela investigação a ser feita sobre a proporcionalidade em sentido estrito da medida (no caso, despedida por justa causa). Segundo Ávila (2004, p. 124), este pressuposto remete à comparação entre a importância da realização do fim e da intensidade da restrição de direitos fundamentais, o que deve ser norteado pelas perguntas: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da promoção do meio?”.

O julgador, ao apreciar o caso concreto envolvendo a Empresa Plenna Ltda. e o autor da comunidade no *Orkut*, empregado despedido por justa causa em virtude das manifestações feitas naquela rede social, embora tenha feito referência aos direitos fundamentais do empregado, tais como liberdade de expressão, em momento algum cotejou este direito com os interesses da empresa, priorizando estes, de ordem econômica, em detrimento do direito à liberdade de expressão do obreiro e das suas próprias condições existenciais. A referência feita aos direitos fundamentais serviu, como se vê do fragmento extraído, antes citado, para afastar categoricamente os direitos, posto que o julgador foi incisivo em afirmar que “Nem se

alegue, outrossim, que a atitude perpetrada pela ré teria violado direitos constitucionais tais como: a livre manifestação do pensamento, a vida privada, a intimidade e o sigilo de correspondência”. No seu entender, não houve violação à intimidade do empregado, posto que as publicações foram feitas em ambiente público. No entanto, nada disse sobre a liberdade de expressão, cuja restrição deve encontrar correspondência em outro valor constitucionalmente assegurado. De igual forma, em momento algum sequer questionou os limites do poder diretivo do empregador sobre o que o empregado manifesta publicamente, poder de vigilância e controle maximizados pelo uso das tecnologias da informação e comunicação.

É certo que o direito à liberdade de expressão não é absoluto como, aliás, nenhum direito constitucionalmente assegurado detém essa qualificação. No entanto, em caso de colisão de direitos, o critério da proporcionalidade se mostra útil à obtenção da melhor solução, constitucionalmente adequada.

Nesse sentido, vale referir as palavras de Meyer-Pflug (2009, p. 209), "a liberdade de expressão é um direito individual que cada cidadão possui de expressar suas idéias sejam elas quais forem, sem sofrer qualquer restrição ou ameaça por parte do Estado ou da sociedade". Assim, admitir restrição ou aplicação de sanção extremamente gravosa ao empregado em nome de suposta mácula à boa fama e à honra da empresa, sequer comprovadas, constitui-se, no mínimo, em escolha que antepõe o capital à dignidade da pessoa.

Diante da adoção de medidas mais gravosas, como a despedida, confirmada pelo TRT da 2ª Região, há que se resgatar o exato sentido da dignidade humana, o que justifica que se recorra às lições de Sarlet (2006 b, p. 60): “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...]”.

Da passagem acima transcrita percebe-se a clara vinculação do Estado e dos particulares aos direitos da pessoa, especialmente aqueles fundamentais, cuja negação prejudica sua dignidade. Para alguns doutrinadores, tal situação traduz-se na eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais.

Para Sarlet (2006 a, p. 394-395), um dos propagadores dessa tese, os direitos à livre manifestação do pensamento, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas e telegráficas, bem como diversos outros direitos dos empregados, que têm como obrigados os empregadores, são geradores de eficácia horizontal.

Ubillos (2006, p. 303-304), no entanto, recoloca a discussão, propondo a reconsideração da doutrina que tradicionalmente trata da eficácia horizontal, sob o argumento de que, em determinadas relações entre os particulares, como a relação jurídica de emprego,

não há paridade jurídica entre os atores envolvidos. Sua afirmação ampara-se na vulnerabilidade do empregado em face do poder do empregador, cuja intensidade e amplitude por vezes se equiparam ao poder do Estado. Assim, em razão da inquestionável dependência econômica do obreiro, seria inadequado falar em eficácia horizontal, pois “La relación entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien esta sometido a ella no es precisamente horizontal” (UBILLOS, 2006, p. 304).

É com base nessa constatação, com a qual se concorda, que se defende o entendimento de que o Estado-juiz, ao ser provocado em virtude dos conflitos emergentes da utilização das novas tecnologias informacionais, deve considerar a ampliação do controle e da vigilância sobre o empregado, e a maior vulnerabilização deste, o que pode limitar inclusive direitos fundamentais. Portanto, o enfrentamento exige postura protetiva ao empregado, priorizando-se a pessoa e as implicações que a medida adotada poderá trazer sobre o mínimo existencial do trabalhador, e não o capital.

O TRT de Santa Catarina também enfrentou caso de despedida por justa causa decorrente de utilização das redes sociais, neste caso o Orkut. O funcionário de um banco criou perfil falso na referida rede, em nome da ex-namorada, também funcionária do banco, em que postava, em nome dela, severas críticas a outros colegas e dirigentes da Instituição, bem como fotos pornográficas. Despedido por justa causa, após regular procedimento administrativo, o empregado que admitiu os fatos a ele imputados, tentou, judicialmente, a reversão da despedida, invocando, dentre outros argumentos, a proporcionalidade. A conduta foi considerada tão grave, gerando, inclusive a prisão penal por 20 dias do autor, que a justa causa não foi revertida. Do julgado constou, ainda que como empregado de instituição integrante da administração pública indireta e como cidadão, deve o trabalhador observar princípios como o da moralidade pública e da ética, não podendo fazer uso de seu cargo público para malferir a honra ou a imagem de terceiros. Por ter sido suficientemente motivada a despedida do trabalhador, precedido de regular procedimento administrativo, entendeu-se ter havido proporcionalidade entre a conduta e a penalidade aplicada (RO 01895-2009-035-12-00-4, julgado pela 1ª Câmara em 02-03-2011, em acórdão relatado pela Desembargadora Viviane Colucci).

O TRT gaúcho, à semelhança do paulista, também registrou grande número de incidências da palavra *Orkut* em seu *site*, e apenas um julgado envolvendo o Facebook. Dos 51 casos identificados, cerca de um quarto deles invocaram o conteúdo disponível em comunidades e perfis do usuário como meio de prova, o que foi feito tanto na tentativa de reconhecimento de vínculo empregatício, quanto para se insurgir contra a concessão do

benefício da assistência gratuita ou para comprovar conduta do empregado que violou contrato de trabalho; vários julgados versavam sobre a utilização do conteúdo (fotos e declarações) como meio de prova para contraditar testemunhas; outros casos tratavam de despedida em razão de o empregado ter acessado essa rede social durante a jornada de trabalho e mediante uso dos equipamentos fornecidos pelo empregador, violando cláusula expressa no contrato de trabalho; na mesma proporção foram encontrados casos sobre pedido de indenização por parte do empregado contra o empregador, sob a alegação que teria sido vítima de abuso moral praticado pela parte patronal, que postou mensagens constrangendo o empregado em sua página pessoal no *Orkut*; um enfrentou a alegação de troca de insultos e conflitos entre empregado (coordenador de curso superior) e empregador (reitor da IES); alguns, ainda, tratavam de empregados que integravam comunidade da rede social com a finalidade de atingir a honra e boa fama da empresa empregadora. É sobre esses últimos casos que recairá a análise a seguir, ocasião em que serão apresentados e discutidos quatro deles, cujos argumentos oferecem maiores elementos de análise.

Em Acórdão nº 0052400-09.2006.5.04.0304, julgado pela 7ª Turma, os desembargadores apreciaram matéria semelhante às enfrentadas em São Paulo: trata-se de recursos ordinários interpostos por Banco Citicard S.A e Alexandre Ilha de Abreu, ambos também figurando como recorridos, juntamente com a Empresa Atende Bem Soluções de Atendimento Informação e Comunicação e Informática Ltda.

Segundo narrado no acórdão, de lavra da Desembargadora Dionéia Amaral Silveira, Alexandre Abreu teria criado uma comunidade no *Orkut* com a finalidade de congregiar pessoas que estivessem descontentes com o tratamento da Empresa. A mensagem de abertura da comunidade já anunciava seus objetivos: “Vc que já colocou a AtendeBem ou ainda vai colocar na JUSTIÇA, ou até mesmo só quer dar um espiadinha e ficar por dentro, venha fazer parte desta comunidade, e fale um pouco mais do q vc acha disso tudo...” (*sic*). Segundo narrado pelo empregador, nesta comunidade o obreiro trocava informações com outras pessoas, estimulando-as a ajuizarem reclamações trabalhistas, além de oferecer-se como testemunha contra a empresa, o que teria quebrado a confiança necessária para a manutenção do contrato de trabalho.

Aliado a isso, o empregado teria copiado informações da empresa para seu e-mail pessoal, configurando mau procedimento, ensejador da despedida por justa causa, comunicada ao empregado em documento redigido nos seguintes termos:

Conforme Artigo 482 Letras G e H da CLT, este funcionário está sendo desligado nesta data por esta fazendo campanha contra a empresa e estimulando os funcionários da mesma a ingressar com ação contra a empresa, oferecendo-se para ser testemunha e ainda quebrando cláusula de confiança inerente a manutenção do contrato de trabalho. [sic].

Em que pese o empregado defender-se dizendo que não era somente ele que participava da comunidade e que nessa página discutiam diversos assuntos, mas nada relacionado à atividade da empresa ou informações sigilosas, e de ter admitido que enquanto estava trabalhando no local se ofereceu para outros empregados para servir de testemunha em processos movidos contra o empregador, seus argumentos não lograram êxito, eis que a decisão da 7ª Turma não reverteu a despedida por justa causa, conforme se vê do voto da Relatora, Desembargadora Dionéia Amaral Silveira:

Como se vê, além de não negar que era o “dono”, ou um dos “donos”, da aludida comunidade virtual, fato que, por si só, já acarreta a quebra de confiança da reclamada, dado o seu conteúdo flagrantemente contrário a tal empresa, na medida em que estimula o ajuizamento de demandas trabalhistas, o reclamante reconhece que se ofereceu para ser testemunha em ações trabalhistas contra a mesma na vigência do contrato de trabalho.

Assim, perfilha-se da convicção firmada pela origem no sentido de que restou demonstrado nos autos o mau procedimento do reclamante a ensejar a sua despedida por justa causa, não fazendo jus, portanto, às verbas rescisórias almejadas, e, tampouco, à indenização por dano moral.

No presente caso, a semelhança dos primeiros apresentados neste artigo, julgados pelo TRT paulista, entende-se que não houve a adequação do conflito à nova realidade informacional, posto que nenhum dos pontos-chave, normalmente cotejados (liberdade de expressão e comunicação, por exemplo), foram mencionados, quer pelas partes, quer pelos julgadores.

Quanto à discussão de fundo, parece que ela se distingue, pois pelos fatos narrados, ao que tudo indica a conduta do empregado foi para além da simples manifestação de opiniões, posto que durante a vigência da relação de emprego oferecia-se para servir de testemunha, o que foi admitido pelo próprio recorrente. Aliado a isso, copiava documentos da empresa para o seu e-mail pessoal, o que aponta para o fato de a criação da comunidade no *Orkut* e a divulgação de seu conteúdo não ter sido a causa exclusiva da despedida, consistindo em mais uma das causas que motivaram a penalidade.

Decisão semelhante foi adotada em outro caso, agora Acórdão nº 0034100-55.2007.5.04.0662, julgado pela 4ª Turma do TRT da 4ª Região e relatado pela Desembargadora Denise Maria de Barros. Trata-se de motorista de ônibus que participava da comunidade do *Orkut* intitulada Eu odeio a Coleurb Fia da Puta, integrada por 130 (cento e trinta) membros e cuja página de abertura dizia: “pra quem odeia aquela empresa filha da puta que tem coragem de cobrar R\$ 1,60 de passagem de ônibus numa cidade como Passo Fundo, onde não se anda mais que 5Km dentro de um ônibus. Ainda investe muito do nosso dinheiro

em lobby e propaganda.” Além de integrá-la, o empregado postou mensagem, nos seguintes termos:

abuso

trabalho na coleurb mas estou junto com vcs ,aqui na empresa é uma discriminação para os funcionários ,regime de quartel só pensam em dar mais trabalho, aumentar a tarifa comprar imóveis na cidade e região ,só pra saberem elas tem em passo fundo mais de 50 imóveis,em cambúriu vários apartamentos e quem pagou isso pra elas foi nós os usuarios , aqui não tem diferença de passagem nas linhas , por ex= pegar ônibus na saõ cristóvão e vim até o centro é 1,60 por que não cobram 1,00 pos não usei a linha toda fazer local de compra de passagens nós embarques como em Curitiba poie é gente vamos nos unir e tirar está empresa de nossa cidade vamos se unir com os fúnionarios que estão desanimados com tanto robo no nosso povo vamos lá jáaaaaaaa.

24 Fev (5 dias atrás)

Em que pese num primeiro momento o motorista de ônibus ter sustentado tese no sentido de que o perfil não lhe pertencia, tendo sido criado por terceiros com o objetivo de comprometê-lo, alegando que não era crível que tivesse publicado aquela mensagem valendo-se de seu próprio nome, pois isso sabidamente lhe prejudicaria, sua defesa não foi suficiente para convencer os julgadores. Posteriormente, o motorista, que antes havia informado que não tinha perfil, admite ser titular de conta no Orkut, embora não admita as publicações que lhe são imputadas.

A análise da sentença, reproduzida em grande parte pela Turma recursal, evidencia que os direitos fundamentais à liberdade de expressão não foram invocados pelo obreiro ou mencionados pelo julgador, assim como em nenhum momento se discutiu a ampliação do poder de vigilância do empregador. O enfrentamento do conflito, por parte do julgador *a quo* até faz referência à utilização das tecnologias informacionais e a emergência de novas formas de manifestação:

Com o avanço tecnológico e do meio eletrônico de comunicação surgem novas variáveis na forma de manifestação das pessoas.

Não há como se desconsiderar, nesse contexto, a participação do reclamante em um grupo de pessoas que hostiliza sua empregadora. É um fato relevante no contexto da relação de emprego. Em que pese de acesso restrito àqueles que estão inseridos no mundo digital, a comunidade hostil à reclamada existia, até sua remoção por ordem judicial da Justiça Estadual (fls. 197), registrando pessoas que nutriam descontentamento com relação a ela e a suas sócias, entre elas o reclamante, inclusive com comentário depreciativo ao afirmar: “...poie é gente vamos nos unir e tirar está empresa de nossa cidade vamos se unir com os fúnionarios que estão desanimados com tanto robo no nosso povo vamos lá jáaaaaaaa.”

O comportamento, em que pese no meio digital, não é compatível com aquilo que se espera de um empregado, dado seu dever de **fidelidade** ao empregador. [...] Veja-se, a fidelidade se manifesta pela proibição de difundir notícias que possam implicar dano ao empregador. Ora, a conduta do reclamante, ao incitar membros de uma comunidade virtual a tirar a empresa da cidade e ao afirmar que os funcionários estão desanimados com tanto roubo, é de clara violação a seu dever contratual de

fidelidade. A simples presença do reclamante como membro da comunidade já determina a ausência de lealdade à empregadora.

Assim, fundamentada em tal comportamento, a decisão, mantida pelo TRT gaúcho, foi no sentido de confirmar a despedida por justa causa, com amparo no art. 482, “k” (ato lesivo da honra e boa fama praticado contra o empregador), da CLT, combinado com a letra “a” (ato de improbidade) do mesmo artigo. Convém destacar, que embora não justificado pelos julgadores, posto que não arguido pelo reclamante, a análise do caso revela que o comportamento do empregado ultrapassou o exercício da liberdade de expressão, senão vejamos: a) o empregado se agrega à comunidade criada por outras pessoas, dentre as quais usuários dos serviços da empresa, e lá passa a instigar os demais internautas, dizendo que devem se unir para “tirar” a empresa da cidade e que os funcionários também estão desanimados com “tanto roubo”; b) foram imputadas condutas aos empregadores, tais como roubos; c) a comunidade era integrada por número significativo de membros (130), dentre eles usuários da própria empresa, o que comprova os efeitos externos produzidos contra a honra objetiva da pessoa jurídica; d) não se tratava apenas de troca de informações, simples desabafo de trabalhadores insatisfeitos ou qualquer forma de articulação para a defesa de direitos dos empregados, o que parece legítimo. Ao contrário disso, tratava-se de mensagem dirigida aos consumidores da empresa, incitando-os a “tirarem” a empresa da cidade.

Outra decisão, proferida no Recurso Ordinário 00080-2005-013-04-00-0, relatado pelo Juiz convocado Ricardo Martins Costa, da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, e julgado em 20 de outubro de 2005, reconheceu a justa causa, em inquérito para apuração de falta grave, de empregado amparado por estabilidade provisória decorrente da condição de representante dos empregados na CIPA e membro do Conselho Fiscal do respectivo sindicato profissional. Em seu *Orkut*, a reclamada colheu várias manifestações de alunos da escola empregadora, que agradeciam e enalteciam as “colas” reproduzidas e plastificadas pelo reclamante, operador de fotocopadora na biblioteca do estabelecimento de ensino, para uso ilícito nas provas escolares. Registre-se que as páginas do *Orkut* trazidas ao processo foram corroboradas pela prova testemunhal, de maneira a justificar plenamente no processo a despedida por justa causa.

Neste caso, o problema ultrapassava a questão da simples manifestação da liberdade de expressão do empregado, já que as mensagens não foram postadas por ele e sim pelos alunos beneficiados, e o exame do conteúdo publicado no *site* por discentes da instituição constituíram-se em provas de que o obreiro concorria para as fraudes escolares, preparando “cola” para os alunos. Nesse caso sequer houve qualquer implicação aos direitos

fundamentais do empregado, sendo que o material disponibilizado no *Orkut* por outros apenas revelou a conduta do empregado, por si só grave, pois não violava apenas o contrato de trabalho, como também ensinava práticas fraudulentas a pessoas em estágio de desenvolvimento, a quem o empregado deveria servir de referencial para boas práticas e não o contrário, encorajá-los a burlar o sistema de ensino, como de fato o fez.

Caso digno de registro, considerado como paradigmático no exame dos julgados deste Tribunal foi o Acórdão nº 0072000-40.2006.5.04.0005, decidido pela 3ª Turma, tendo como recorrentes Fibraplac-Chapas de MDF Ltda. E Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que também figuraram como recorridos, e Fernando Delvan, trabalhador dispensado por justa causa.

A situação fática é similar às demais: a dispensa do empregado foi motivada pela sua participação em comunidade do *Orkut* criada por outra pessoa – Jean Carlo – e integrada por três membros, cuja finalidade era congregar os empregados e ex-empregados da Empresa.

A despedida amparou-se no fundamento de que o obreiro, ao agregar-se à comunidade que fazia trocadilhos com o nome e a logomarca da empresa (em lugar da expressão ALTA QUALIDADE, integrante da logomarca da empresa, haveria a palavra FALTA QUALIDADE), diante do que, teria incorrido em “ato lesivo da honra ou boa fama praticadas contra o empregador” (art. 482, letra “k” da Consolidação das Leis do Trabalho).

A decisão de primeira instância, mantida pela 3ª Turma do TRT gaúcho baseou-se na seguinte análise:

Ainda que se admita a ofensa à honra da pessoa jurídica da reclamada, verifico não haver fundamento para a dispensa motivada. O ato imputado ao autor ocorreu fora do local de trabalho e de modo alheio a sua condição de empregado. Trata-se de **livre manifestação de pensamento, por intermédio de tecnologia disponibilizada pela internet, em sítio livremente criado por outro colega, no qual – frise-se – não há notícia alguma de alegações injuriosas formuladas pelo autor contra a sua empregadora**. A atitude do reclamante se resume a haver aceitado o convite para participar da página do ORKUT, cujo conteúdo sequer foi por ele produzido ou modificado. O fato de haver, ali, referência à suposta falta de qualidade dos produtos da empresa não é expressão que possa ser atribuída ao reclamante. (...) [grifos no original]

Não obstante ter admitido que as pessoas jurídicas podem ficar com seu bom nome e boa fama abalados no mercado, o que pode importar na lesão aos seus direitos de personalidade, no caso em tela tal lesão não tinha se mostrado suficientemente clara para ensejar a aplicação da penalidade mais rigorosa ao empregado: “A distinção é simples: enquanto a pessoa física sofre atentado contra a sua honra subjetiva, materializada na injúria, a empresa sofre apenas violação à honra objetiva, que decorre de difamação”, efeito não

produzido pela atuação do empregado. Diante disso, concluiu-se pela inexistência de provas de que a personalidade jurídica da empresa teria sofrido ataque.

Em que pese este resultado, os julgadores entenderam que houve uma escolha por parte do empregado em aderir à comunidade e que ao fazê-lo correu o risco de que o empregador não mais mantivesse o contrato, o que autoriza, no entanto, a despedida e que esse fato, uma vez revertida a justa causa, não atenta contra a liberdade de expressão do empregado.

Para fundamentar a decisão, os desembargadores realizaram o cotejo entre os princípios constitucionais em colisão, o que resultou nos seguintes argumentos:

Trata-se, na verdade, de conflito entre vários princípios constitucionais. De um lado a “liberdade de expressão” e de outro “o direito de imagem, a honra objetiva da empresa”. Além do confronto entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em conjugação com o exercício do direito de propriedade e o direito potestativo do empregador de extinguir a relação contratual. Com efeito, a conjugação de vários princípios constitucionais se faz visando à máxima eficácia da Constituição, porquanto a Carta Magna representa um todo uno, uma unidade de normas e princípios.

Assim, a máxima eficácia da Constituição implica dizer no caso presente que o autor foi e continua livre para manifestar o seu pensamento, mas deve expressar a “liberdade com responsabilidade” e arcar com as conseqüências práticas de seus atos, de forma que ao se reverter a “justa causa”, não se verificou existirem danos à esfera individual do reclamante que, na ordem natural das coisas, correu o risco de ficar sem o emprego ao exercer o direito de manifestação do pensamento.

Entende-se paradigmática essa decisão pelo enfrentamento técnico da matéria, realizado a partir de argumentos que revelam a clara opção dos integrantes da 3ª Turma do TRT gaúcho pela aplicação, na seara trabalhista, da constitucionalização do direito privado.

A decisão no sentido da despedida imotivada evidencia que o empregado, ao integrar a comunidade, assumiu o risco de que sua participação fosse interpretada pelo empregador como quebra da fidúcia contratual. No entanto, tal fato não fala por si, pois para configurar lesão à boa fama da empresa é preciso que se comprovem os danos à sua honra objetiva.

Esse caso evidencia, também, que as decisões não podem ser prolatadas de forma automática, sem realização do critério de proporcionalidade. Ora, se havia outra medida mais adequada ao empregador, que era rescindir o contrato, por que fazê-lo da forma mais gravosa ao empregado?

Embora não tendo invocado explicitamente a proporcionalidade como fundamento para a decisão, percebe-se que ela se encontra presente, aplicando-se penalidade que mostrava maior proporcionalidade em sentido estrito com a conduta do empregado.

Convém registrar que não é só o empregado que se vale dessa rede social para publicizar conteúdo que atinge o empregador. Este também tem feito uso de comunidades do *Orkut* e de perfil do obreiro para deixar mensagens ou trocar insultos, a exemplo da matéria enfrentada no Acórdão nº 0149200-59.2007.5.04.0403, relatado pela Desembargadora Ione Salin Gonçalves em que se reconheceu a culpa recíproca do empregador pela rescisão do contrato, tendo como recorrente Rafael Sortica de Bittencourt e recorrida Sociedade de Ensino Superior e Assessoria Técnica. Neste caso, enquanto o (ex) empregado alegava assédio moral por parte do Reitor da Instituição de Ensino Superior, realizado em parte por meio eletrônico, a instituição, por sua vez, negava tal assédio e juntava cópia de correspondências eletrônicas que comprovavam que o problema teria partido do reclamante, afirmando que “a atitude imatura do reclamante, demonstrada por meio das mensagens colocadas no site ORKUT, onde manifesta conduta agressiva com a instituição reclamada”.

Neste caso, a Turma julgadora entendeu ter restado comprovado que as acusações eram praticadas por ambos os envolvidos no conflito, havendo culpa recíproca para a rescisão contratual. No entanto, não reconheceram o assédio moral postulado, pois entenderam que não havia prova da perseguição sofrida pelo empregado.

O presente caso evidencia o quanto o uso das tecnologias informacionais pode potencializar e agravar conflitos e desentendimentos, pois parece que as pessoas, independente do cargo que ocupam, de sua instrução, condição econômica ou social, sentem-se mais livres para enviar mensagens e trocar insultos, em postura que talvez não fosse adotada, se estivessem numa interação de face a face.

Também revela que as empresas, por meio de seus responsáveis, igualmente se expõem e dão origem a novas conflituosidades, conforme constatado na análise de outros casos em que os empregados solicitavam o pagamento de indenização por danos morais, sob a alegação de: a) terem sofrido constrangimento (prática de crime imputada à filha da empregada)⁷; b) correções ortográficas, feitas pelo antigo empregador, em perfil do (ex) empregado⁸; c) constrangimento pela adoção de apelido e divulgação em rede social⁹; d) assédio sexual realizado pelo gerente, que deixou mensagens no perfil da (ex) empregada¹⁰.

De todos esses casos, apenas o primeiro foi julgado parcialmente procedente, condenando-se a empregadora a indenizar a ex-empregada doméstica por, a partir do conteúdo visto no perfil da filha da obreira, imputar àquela a prática de furto de óculos solar,

⁷ Acórdão nº 0132600-65.2009.5.04.0411, relatado pela Des^a. Lucia Ehrenbrink e publicado em 27.01.2010.

⁸ Acórdão nº 01236000-41.2008.5.04.0002, relatado pelo Des. João Ghisleni Filho e publicado em 27.10.2010.

⁹ Acórdão nº 00781.2006.011.04.00.8, relatado pela Juíza Denise Pacheco e publicado em 10.09.2008.

¹⁰ Acórdão nº 0028100-78.2009.5.04.0012, relatado pela Des^a. Flávia L. Pacheco e publicado em 29.09.2010.

desaparecido da casa da empregadora. Como a empregada comprovou a origem do objeto, a empregadora foi condenada a indenizar os danos morais experimentados pela empregada doméstica.

Não obstante o resultado favorável ao empregado em um só dos casos, o que emerge de forma incontestada é que empregados e empregadores passam a estabelecer novas formas de interação, por vezes conflituosa, envolvendo as tecnologias da informação e comunicação. Tal situação suscita interesse, tanto pelo aspecto sociológico do tema, quanto pelo viés jurídico, apontando uma nova realidade que tende a crescer a partir da maior inserção dos brasileiros na sociedade informacional, bem como do acesso dos nativos digitais ao mercado de trabalho.

Resta saber se os operadores jurídicos e os tribunais estão suficientemente instrumentalizados para o enfrentamento desses novos casos, que mistura relações laborais com questões afetas à vida privada do empregado; liberdade de expressão, de um lado e poder diretivo do empregador, de outro, originando conflitos que se notabilizam por sua complexidade e pela frequente colisão de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que foi dito até aqui permite chegar a algumas considerações que, embora não tenham a pretensão de serem adjetivadas de finais, posto que o estudo sobre o tema ainda se mostra incipiente, ao menos indicam algumas tendências.

Com efeito, há muito a ser explorado nessa seara, pois além dos velhos conflitos envolvendo empregados e empregadores terem se revestido de **novas** nuances em razão do uso das tecnologias da informação e comunicação, **novos** problemas se apresentam todos os dias, muitos deles ocasionados pelas manifestações do pensamento e da comunicação realizada fora do ambiente de trabalho, cujo conteúdo tem provocado dissidências e, em certos casos justificado despedidas por parte de empregadores.

O cenário que se revelou ao longo do artigo sinaliza para o acirramento desses casos, pois tanto empresas aumentam o número de computadores e conexão à internet, instrumentos essenciais para implementarem seus negócios, quanto crescem os percentuais de pessoas que acessam a *Internet*. A combinação desses fatores aponta para uma nova conflituosidade na seara trabalhista no século XXI.

A emergência dessa espécie de problema trabalhista não causa surpresa, pois em certa medida é comum as pessoas, por ingenuidade ou pelo uso ainda incipiente das tecnologias informacionais, postarem mensagens impensadas ou não protegerem adequadamente seus

dados (fotos, vídeos, comunicações) publicizados em páginas de redes sociais, trazendo consequências sobre seu contrato de trabalho.

Com isso, o núcleo central do clássico conflito trabalhista é deslocado, pois o ponto de tensão passa a ser a colisão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, garantida constitucionalmente e cuja observância salvaguarda a dignidade humana, de um lado, e o direito de controle e vigilância por parte do empregador, de outro. Tal tensão conduz o tema diretamente à seara constitucional, o que impõe ao operador jurídico outra racionalidade, diversa daquela tradicionalmente adotada.

Apesar de essa exigência ser evidente, na maioria dos julgados pesquisados não se encontrou elementos que indicassem que os operadores jurídicos (advogados, membros do Ministério Público do Trabalho e Julgadores) estejam devidamente preparados para operar nesse cenário complexo, poroso e em constante interface entre o público e o privado, típico da sociedade informacional. A argumentação presente na grande maioria dos julgados não revelou intimidade dos operadores para tratar da temática, percebendo sua amplitude e profundidade, o que aponta para certa fragilidade no trato da questão.

O enfrentamento do tema exige que se discuta os limites do poder de vigilância do empregador e se esse poder alcança as comunicações e manifestações do pensamento da *pessoa* do empregado fora do âmbito da empresa. Caso se entenda permitido esse poder de controle, é preciso questionar se a medida imposta ao obreiro pelo empregador se mostra necessária, adequada e proporcional (proporcionalidade em sentido estrito) à ação praticada.

Como defendido ao longo do trabalho, o deslinde do conflito exige a análise de todos esses elementos, e de seu enfrentamento emerge a vedação a que se adote penalidades gravosas ao empregado, tais como a despedida por justa causa, presente em vários casos narrados. Mesmo quando o empregado efetivamente trocou mensagens com outros, falando da sua insatisfação na empresa e manifestando seu desejo de ajuizar ação trabalhista ou de procurar outro emprego, o empregador deve, antes, aplicar outras medidas, que se mostrem mais adequadas e proporcionais ao gravame (se é que ele se configurou, pois se entende legítimo que qualquer pessoa almeje melhores condições de trabalho e ascensão profissional), tendo sempre em vista o menor sacrifício aos direitos fundamentais do empregado.

Adotar outra linha de pensamento é concordar com a instalação de uma sociedade de vigilância completa, em que o empregador poderá controlar todos os pensamentos, falas e atos de seu subordinado, mesmo fora do ambiente laboral. Admitir essa tese é desrespeitar direitos inerentes à pessoa humana e antepor o patrimônio sobre tudo, admitindo-se que, ao assinar o contrato de trabalho, o empregado outorgou amplos poderes de vigilância ao empregador e

abriu mão de seus direitos fundamentais, confundindo-se com um móvel ou equipamento de propriedade do empregador.

Não se pode esquecer que o empregado não é mera engrenagem. Trata-se de pessoa portadora de direitos fundamentais que devem ser considerados e priorizados quando em confronto com o patrimônio.

Entende-se que a tese que admite a vigilância e controle como exercício do poder não pode prosperar num verdadeiro Estado Democrático de Direito, que tem na liberdade de pensamento, de expressão e de comunicação um dos sustentáculos e cuja limitação só se autoriza em casos extremos, onde o interesse coletivo se sobrepõe.

É preciso que seja lembrado, também na seara trabalhista, que uma democracia não combina com controle e vigilância total, o que infirma e torna abusivas as despedidas por justa causa realizadas por inúmeros empregadores. Tais atitudes exigem uma resposta segura e enérgica do Poder Judiciário, que precisa estar aparelhado para enfrentar essas novas demandas, típicas da sociedade informacional.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Carlos A. Que banda larga queremos? In: BRASIL, *Pesquisa sobre o uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e Usuários 2009 - Área Urbana*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010, p. 65-72. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2009/index.htm>>. Acesso em 13 nov. 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.
- BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Branco: ciência, tecnologia e inovação*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.
- BUSTAMANTE, Enrique. *Redes Sociales y Comunidades Virtuales em Internet*. México: Alfaomega Grupo Editor, 2008.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- _____. *A sociedade em rede*. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.
- CLEITO, Nivaldo. Inclusão digital dos pequenos e médios empreendedores no Brasil. In: BRASIL, *Pesquisa sobre o uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e Usuários 2009 - Área Urbana*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010, p. 73-79. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2009/index.htm>>. Acesso em 13 nov. 2010.
- FORTIM, Ivelise. Alice no país do espelho: o MUD – jogo e realidade virtual baseados em texto. *Imaginário*, São Paulo, n. 12, p. 171-194, jan.-jun., 2006.

- GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 151-166.
- GRUPO BANDEIRANTES DE COMUNICAÇÃO. Brasil é o 4º com mais perfis no Facebook: Em um ano, número de usuários na rede social cresceu quase 300%. *BAND.com.br*: Notícias. Tecnologias. Disponível em <http://www.band.com.br/noticias/tecnologia/noticia/?id=100000478315>. 06-04-2012. Acesso em 31-03-2012.
- LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- ORKUT. *Dados Demográficos*. Disponível em: <<http://www.orkut.com.br/Main#MembersAll.aspx>>. Acesso em 11 out. 2010.
- RHEINGOLD, Howard. *La comunidad virtual: una sociedad sin fronteras*. Barcelona: Gedisa Editorial: 1996.
- PESQUISA sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil : TIC Domicílios e TIC Empresas 2010 = Survey on the use of information and communication technologies in Brazil : ICT Households and ICT Enterprises 2010 / [coordenação executiva e editorial/ executive and editorial coordination, Alexandre F. Barbosa ; tradução/ translation Karen Brito Sexton]. -- São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006 a.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 b.
- SILVA, Rosane Leal da Silva; KÜMMEL, Marcelo Barroso. As tecnologias informacionais nas empresas: os conflitos decorrentes da monitoração das comunicações. *Revista Direito Empresarial (Curitiba)*: Juruá, v. 13, p. 181-201, 2010.
- TABORDA, Cauã. Facebook cresce 258% no Brasil em 2010: De acordo com relatório da ComScore, o uso do Facebook quase triplicou no Brasil, contra aumento de apenas 28% do Orkut. 10-02-2012. *Exame.com*: Notícias de negócios, economia, tecnologia e finanças pessoais. Tecnologia. Facebook. Notícias. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/facebook/noticias/facebook-cresce-258-no-brasil-em-2010>> Acesso em 31-03-2012.
- TAKAHASHI, Tadao (Org.). *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? . In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-340).