

1 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POSSIBILIDADE DE JUSTA CAUSA SEM SUBSUNÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 482 DA CLT: ESTUDO DE CASO

André Luis Cavalcanti Moreira

RESUMO

Os avanços tecnológicos das últimas décadas provocaram profundas transformações na sociedade, principalmente no que tange à informação. Em consequência, surge uma sociedade em rede, com novas formas de cultura e de relacionamentos entre indivíduos. Neste contexto, às tradicionais ferramentas da Internet, a *Web* e o *correio eletrônico*, são incorporados novos meios de comunicação e expressão: *blogs*, *fotologs*, *videologs* e as *redes sociais*, destacando a revolução que representou o YouTube, o maior sítio de compartilhamento de vídeos da Internet. Indubitavelmente, toda essa revolução atingiu o universo laboral. A Internet e suas tecnologias foram rapidamente absorvidas pelas empresas e passaram a desempenhar importante papel como ferramentas de trabalho, reduzindo os custos operacionais, melhorando a eficiência e aprimorando a administração. Entretanto, essas transformações trouxeram uma série de problemas na perspectiva do direito e a legislação não as acompanhou na mesma velocidade. No âmbito laboral, destaca-se o monitoramento dos empregados. Cada vez mais as empresas estão checando as páginas pessoais na Internet e demitindo funcionários em caso de exposição que consideram inapropriada. Esses novos conflitos, decorrentes das relações da sociedade da informação, são caracterizados pela colisão de direitos fundamentais, haja vista os direitos da personalidade do trabalhador ante o poder diretivo e as implicações advindas das interações no ambiente da Internet, no que concerne à liberdade de informação. Este trabalho apresenta um estudo de caso envolvendo esses aspectos, e pretende

mostrar como plausível a possibilidade de aplicar o juízo de ponderação para ensejar uma demissão por justa causa, sem aplicar o art. 482 da CLT.

PALAVRAS-CHAVE: Colisão de Direitos Fundamentais, Justa Causa, Juízo de Ponderação.

ABSTRACT

Technological advances of recent decades have caused profound changes in society, especially when it comes to information. As a result, there is a network driven society, with new forms of culture and relationships between individuals. In this context, in addition to traditional tools of the Internet, like Web and email, new media are incorporated into, like blogs, photologs, videologs and social networks, emphasizing the revolution represented by YouTube, the largest video sharing site of Internet. Undoubtedly, all this revolution has reached the realm of workplace. The Internet and its technologies were rapidly absorbed by the corporations and began to play an important role as tools to improve work, reducing operating costs, improving efficiency and improving management. However, these changes have brought a number of problems from the perspective of law and the statutes not followed them at the same speed. In workplace, monitoring of employees is an example. More and more companies are checking the personal pages on the Internet and dismissing employees in case of exposure that they consider inappropriate. These new conflicts arising in the information society are characterized by the collision of fundamental rights, given the personality rights of the worker and the implications of the interactions in the Internet environment, with regard to freedom of speech. This paper presents a case study of these aspects, and aims to show how plausible the possibility of applying legal consideration so as to provide a termination for cause without applying the art. 482 CLT (Work Code).

Keywords: collision of fundamental rights, termination for cause, legal consideration.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos das últimas décadas provocaram profundas transformações na sociedade, principalmente no que tange à informação. Com a globalização dos mercados, surge um

novo modelo em que o conhecimento e a informação têm papel preponderante, constituindo verdadeiros ativos e fundamento de novas formas de organização e produção voltadas à busca por novos consumidores cada vez mais exigentes.

Hoje, a sociedade da informação constitui o paradigma técnico e econômico da reestruturação do capitalismo que caracteriza a sociedade pós-industrial. Isso impulsionou o desenvolvimento vertiginosamente crescente dos meios eletrônicos para a manipulação, armazenamento e compartilhamento da informação.

Corolário desse avanço é a convergência tecnológica capitaneada pela tecnologia digital, que cria uma linguagem comum para os equipamentos eletrônicos. Aliada a uma sólida infraestrutura de telecomunicações, tornou-se possível o surgimento de uma rede mundial de computadores, doravante Internet¹.

A Internet tornou possível a ubiquidade, interligando os mais diversos dispositivos – de celulares a geladeiras – a uma rede de comunicação em escala mundial, oferecendo os mais diversos serviços. Internet, indústria, imprensa, rádio, televisão, jornais e revistas tornaram-se mais interligados e interdependentes.

Em consequência, surge uma sociedade em rede², com novas formas de cultura e de relacionamentos entre indivíduos. Neste contexto, às tradicionais ferramentas da Internet, a *Web* e o *correio eletrônico*, são incorporados novos meios de comunicação e expressão: *blogs*, *fotologs*, *videologs* e as *redes sociais*.

Esses novos veículos de informação tornaram as pessoas produtoras de conteúdo, e sobre os mais diversos assuntos. Até mesmo sobre detalhes de sua própria intimidade, criando um ambiente de enorme auto-exposição. Ao mesmo tempo, as redes sociais ampliaram os mecanismos de socialização, aproximando pessoas e criando laços virtuais (e reais) de amizade, mas também permitindo a bisbilhotice da vida alheia.

Além disso, graças à facilidade do registro digital, notadamente a trazida pela incorporação de câmeras e filmadoras a dispositivos móveis como celulares e *palms*, quase tudo passou a ser disponibilizado na rede.

Neste aspecto, ganha destaque a revolução perpetrada pelo YouTube, o maior sítio de compartilhamento de vídeos da Internet³. Graças ao ele, criou-se a noção do cidadão-jornalista e

1 O vocábulo já foi incorporado à lingual portuguesa por isso não está grafado em forma de grifo. Atentar que o vocábulo que designa a rede mundial de computadores deve ser grafado com a inicial maiúscula porquanto a determina, diferentemente do que é iniciado em minúscula, que significa, tão somente, uma rede formada pela interconexão de outras redes, e não necessariamente a rede mundial.

2 MIRANDA, Antonio. **Sociedade da informação**: globalização, identidade cultural e conteúdos. *Ciência da Informação*, Brasília, v.29, n.2, p.78-88, maio/ago, 2000

3 MARTHE, Marcelo. **A nova era da televisão**. Revista Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/130906/p_088.html>. Acesso em: 09/10/2009.

cidadão-comunicador⁴, democratizando o acesso à informação num patamar jamais visto na história.

Indubitavelmente, toda essa revolução atingiu o universo laboral. A Internet e suas tecnologias foram rapidamente absorvidas pelas empresas. Passaram a desempenhar importante papel como ferramentas de trabalho, reduzindo os custos operacionais, melhorando a eficiência e aprimorando a administração.

Entretanto, essas transformações trouxeram uma série de problemas na perspectiva do direito. Vieram a invasão da intimidade, fenômenos como o *sexting*⁵ e o *cyberbullying*⁶, a violação de direitos autorais, fraudes e a violação a direitos da personalidade.

No âmbito laboral, destaca-se o monitoramento dos empregados. Cada vez mais as empresas estão checando as redes sociais na Internet e demitindo funcionários em caso de exposição que consideram inapropriada⁷. Na Suíça, uma funcionária foi demitida porque, durante sua ausência do trabalho alegando estar muito doente para usar o computador, foi flagrada pelo empregador atualizando seu perfil no sítio de relacionamentos Facebook⁸.

Dentro deste contexto, observa-se que os avanços tecnológicos se desenvolvem mais rapidamente que a capacidade de se promover mudanças legislativas⁹. Além disso, a conjunção das novas tecnologias e o ambiente laboral acaba por gerar novos conflitos caracterizados pela colisão de direitos fundamentais: o poder diretivo do empregador, a liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade do empregado.

Daí porque a abordagem deste trabalho é feita sob essa perspectiva da colisão de direitos. Para tanto, é apresentado uma situação-problema a partir da qual é feita uma análise dos aspectos jurídicos envolvidos. O objetivo é levantar a possibilidade de se usar a ponderação de princípios como meio para justificar demissão por justa causa. Ou seja, sem considerar a aplicação do art. 482 da CLT.

4 DINES, Alberto. **You Tube revoluciona acesso à informação**. Observatório da Imprensa. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=420ENO001>>. Acesso em: 09/10/2009.

5 *Sexting* (contração de *sex* e *texting*) é um anglicismo que refere-se a divulgação de conteúdos eróticos e sensuais através de celulares.

6 *Cyberbullying* é uma prática que envolve o uso de tecnologias de informação e comunicação para dar apoio a comportamentos deliberados, repetidos e hostis praticados por um indivíduo ou grupo com a intenção de prejudicar outrem.

7 . **Exposição em redes sociais na internet pode levar à demissão**. O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/seubolso/mat/2009/04/25/exposicao-em-redes-sociais-na-internet-pode-levar-demissao-755438772.asp>>. Acesso em: 09/10/2009.

8 . **Uso de Facebook durante ausência do trabalho causa demissão na Suíça**. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/04/090427_demitidafacebook_ba.shtml>. Acesso em: 09/10/2009.

9 AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 14, abril – junho, 2006.

2 SITUAÇÃO-PROBLEMA

O presente trabalho estuda os aspectos jurídicos relacionados a uma demissão num caso concreto que se baseia em situação noticiada na imprensa¹⁰. Essa situação-problema é constituída dos fatos que se seguem.

Uma professora de educação infantil e alfabetização, de 28 anos, dirigiu-se a uma casa noturna na cidade de Salvador – BA, à noite, fora do horário de serviço, para prestigiar a apresentação de um determinado grupo de pagode. Nessas apresentações, assim como outros tantos grupos desse estilo musical, é comum o grupo convidar garotas da platéia a subir ao palco para dançar a sua coreografia. Nessa noite, a professora foi convidada a subir ao palco, acompanhada de outras convidadas, e sob olhares dos vários freqüentadores da casa.

Muitos desses freqüentadores dispunham de câmeras amadoras – notadamente aquelas embutidas em dispositivos móveis como telefones celulares – e gravavam a apresentação do grupo. Esse fato era de conhecimento de todos os presentes, inclusive daquelas que subiam ao palco e, em particular, da professora. Não fugindo a regra desses grupos baianos, a coreografia em questão tinha um nítido apelo sexual. Consistia em levantar a saia da dançarina, expondo suas peças íntimas e, em determinado momento da música, puxar sua calcinha, enfiando-a entre as nádegas. Isso despertava um interesse especial da audiência em obter imagens das diversas garotas que se expunham sobre o palco.

Ao dançar a coreografia, a professora foi filmada por alguns dos freqüentadores que posteriormente publicaram¹¹ o vídeo num grande sítio de armazenamento e divulgação gratuita de vídeos na Internet. É importante destacar que, muito embora a professora tivesse potencialmente conhecimento de que esses vídeos poderiam vir a ser disponibilizados na Internet, não quer dizer que essencialmente esperasse que isso viesse a ocorrer.

O filme com a professora dançando a coreografia teve certa repercussão na comunidade local. À medida que mais pessoas assistiam ao vídeo, impulsionadas por correntes de correio eletrônico¹² ou divulgação nas redes sociais¹³, crescia o número daqueles que a reconheciam. Ciente

10 _____, **Após vídeo sensual, professora primária é demitida**. UOL Notícias, 27/08/2009. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2009/08/27/ult4469u45313.jhtm>>. Acesso em: 09/20/2009.

11 “Publicar” é uma palavra comumente usada no ambiente da Internet para designar o ato de carregar (upload) um determinado arquivo em uma página na Web. No caso em questão, esses arquivos são os vídeos em formato digital captados pelas câmeras dos telefones móveis.

12 Uma corrente de correio eletrônico funciona da seguinte maneira: uma pessoa que deseja compartilhar uma determinada informação ou um arquivo, vídeo, áudio, imagem, etc., envia um correio eletrônico para várias pessoas, notadamente aquelas da sua lista de contatos. Estas, por sua vez, repassam a mensagem para as pessoas da sua lista, fazendo com que o número de pessoas que recebem cresça exponencialmente, atingindo várias pessoas num curto espaço de tempo.

13 As redes sociais e os sítios de compartilhamento de vídeos, tendo o YouTube como expoente, representam uma revolução cultural na sociedade da informação, constituindo um fenômeno típico da Internet.

de que o reconhecimento por parte de algumas pessoas poderia lhe trazer problemas junto ao seu empregador, a professora o procurou com o intuito de mostra-lhe a página no sítio de compartilhamento que continha o vídeo.

Nesse primeiro momento, seu empregador não viu maiores problemas e não tomou nenhuma atitude em relação à professora. Entretanto, a repercussão do vídeo na Internet tomou proporções maiores, chegando a figurar entre os vídeos mais assistidos da semana. Inevitavelmente, alguns pais de alunos o assistiram e escandalizaram-se ao ver as cenas da coreografia. Diante disso, procuraram a escola e exigiram que a professora não mais lecionasse aos seus filhos, sob alegação de que ela não teria aptidão moral para o exercício da atividade. Pressionado pelos pais, o empregador a demite¹⁴.

Colocada a situação, o objetivo do presente trabalho é tecer comentários acerca dos aspectos jurídicos dos fatos apresentados e, em particular, da colisão do direito da personalidade da professora e o poder diretivo do empregador e o juízo de ponderação como mecanismo a ensejar a justa causa.

3 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

Antes de discutir os aspectos jurídicos relacionados ao direito trabalhista, faz-se necessário destacar as implicações advindas da publicação do vídeo da professora no sítio de compartilhamento quanto ao direito à privacidade e à intimidade. Essa matéria é de grande importância para o Direito do Trabalho, situando-se no conflito entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado. Além disso, irá subsidiar algumas considerações no caso em estudo e que serão vistas mais adiante.

Os direitos à intimidade e à privacidade, em conjunto com o direito à honra, à vida privada e à imagem, constituem parte do chamado direitos da personalidade. Esses direitos são reconhecidos na Constituição Federal como direitos fundamentais¹⁵.

Os direitos da personalidade constituem uma esfera de direitos extrapatrimoniais do indivíduo, tutelados pela ordem jurídica, são direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Maria Helena Diniz, citando Goffredo Telles Jr., destaca que os direitos da personalidade são direitos primeiros da pessoa, que permitem a ela “*ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens*”¹⁶.

14 A notícia veiculada na imprensa não detalha se a demissão ocorreu com ou sem justa causa.

15 Art. 5º, inc X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

16 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56

Sílvio Salvo Venosa¹⁷ citando Gilberto Haddad Jabur destaca que “os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxaço exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa”.

Para Rubens Limongi França, os “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”¹⁸.

Portanto, os direitos da personalidade visam proteger o homem enquanto pessoa, seus aspectos físicos, psíquicos e morais, a partir do conceito que faz de si até como ele se projeta em suas relações sociais. São *direitos subjetivos ‘excludendi alios’*, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo bens inatos¹⁹.

Por serem ínsitos à pessoa, são dotados de certas características particulares: absolutos, gerais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis²⁰. Assim tem entendido a doutrina, apesar da omissão legal que faz referência expressa a apenas três: a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade.

No que tange à indisponibilidade, há certa relativização haja vista a possibilidade de mitigação dessa característica em certas hipóteses previstas em lei. Ademais, o exercício dos direitos da personalidade, em regra, não poderá sofrer limitação voluntária. No entanto:

Enunciado n. 4 – Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral²¹

Enunciado n. 139 - Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes²².

Os direitos à intimidade e à privacidade são vistos como sinônimos por parte da doutrina²³, consiste na exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só²⁵.

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** (Parte Geral), São Paulo: Atlas, 2001, p. 150

18 FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1025.

19 DINIZ, *loc. cit.*

20 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144

21 _____, **Jornada de Direito Civil** / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2007, p. 17

22 *Ibidem*, p. 43

23 SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na Internet**: um enfoque jurídico. Bauru: Edipro, 2001, p. 20

24 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 138

25 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 171

Segundo José Afonso da Silva²⁶, direito à privacidade é uma terminologia que deriva do direito americano, em que é denominado *right of privacy*. Já a Constituição emprega o termo intimidade, fazendo, portanto, oposição à vida privada (assumindo o entendimento hermenêutico de que na lei não há palavras redundantes ou supérfluas²⁷).

Alexandre Moraes assim os caracteriza:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito da incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.²⁸

Nesse sentido, René Ariel Dotti²⁹ caracteriza a intimidade como “*a esfera secreta do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais*”, estando inserida na vida privada como se fossem dois círculos concêntricos, sendo esta a de raio maior, enquanto aquela a de raio menor.

Robert Alexy³⁰ menciona, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, a teoria das Esferas:

(...) ampliando la distinción de esferas de diferente intensidad de protección que se percibe en estas manifestaciones. Es posible distinguir tres esferas con decreciente intensidad de protección: *la esfera más interna* (“ámbito último intangible de la libertad humana”, “ámbito más interno (íntimo)”, “esfera íntima intangible”, “ámbito núcleo absolutamente protegido de la organización de la vida privada”), *la esfera privada amplia*, que abarca el ámbito privado en la medida en que no pertenezca a la esfera más interna y la *esfera social*, que abarca todo lo que no ha de ser incluido en la esfera privada amplia. La teoría das esferas puede ser entendida – en la medida en que es correcta y útil – como el resultado de ponderaciones del principio de la libertad negativa *conjuntamente* con otros principios, por una parte, y principios opuestos, por otra.³¹

26 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 209

27 PASSARELLI, Luciano Lopes Passarelli. **Hermenêutica pós-giro lingüístico**. Doutrina Jus Navegandi. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13198>>. Acesso em: 09/10/2009.

28 MORAES, Alexandre de Moraes. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional** – 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 225

29 DOTTI, René Ariel apud FARIAS, op. cit., p. 147

30 ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. 1ª ed, 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 350

31 Em tradução livre:

(...) ampliando a distinção de esferas de diferentes intensidades de proteção que se percebe nestas manifestações. É possível distinguir três esferas com intensidade de proteção decrescente: a *esfera mais interna* (“ámbito último intangível da liberdade humana”, “ámbito mais interno (íntimo)”, “esfera íntima intangível”, “ámbito núcleo absolutamente protegido da organização da vida privada”), a *esfera privada ampla*, que abarca o âmbito privado na medida em que não pertença à esfera mais interna e a *esfera social*, que abarca tudo o que não é incluído na esfera privada ampla.

A teoria das esferas pode ser entendida – na medida em que é correta e útil – como o resultado de ponderações do princípio da liberdade negativa *conjuntamente* com outros princípios, por um lado, e princípios opostos, por outro.

Destarte, um corolário desse conceito é a noção de que a diferentes graus de intimidade ou privacidade são conferidos diferentes graus de proteção, de acordo com os interesses do objeto a ser protegido. Assim, por exemplo, uma confidência compartilhada com um companheiro não se supõe de domínio público, nem passível de ser conhecida por familiares, mesmo os mais próximos, por estar reservada à esfera mais íntima da pessoa. Outrossim, um assunto da esfera familiar não diz respeito a colegas de trabalho, mas a intimidade não é violada se uma pessoa da família adentra essa esfera.

Com efeito, alargando o conceito da teoria das esferas explicitada anteriormente, tem-se uma relativização do que deve ser considerado de domínio público. Esta relativização apresenta duas facetas. A primeira diz respeito tão somente ao interesse de proteção do objeto, devendo-se sopesá-lo ante os destinatários desse conteúdo. Daí porque é possível verificar que, ao adentrar numa mesma esfera de intimidade, um determinado público pode provocar uma violação, enquanto que outros não, a depender da proteção conferida.

É o caso, para ilustrar, da exposição da própria nudez em lugares públicos reservados a tal finalidade (por exemplo, uma praia de nudismo). Não obstante a pessoa exponha sua nudez em local público, não se conclui que essa exposição abrange a amplitude de domínio público, devendo, portanto, estar adstrito aos presentes no local (destinatário do conteúdo). Logo, consistiria violação de privacidade a veiculação não autorizada de imagens a um público não presente no local (jornais, revistas etc.), afastando-se, dessa forma, a alegação de que a pessoa dispôs voluntariamente de sua intimidade ao se expor em local público.

A segunda diz respeito aos direitos do destinatário do conteúdo. Neste caso, estar-se-ia a tratar de uma potencial colisão de direitos fundamentais. Ela ocorre quando normas constitucionais limitam-se entre si ao incidirem sobre uma mesma situação. Na doutrina pós-positivista, as normas fundamentais contêm um conteúdo inerentemente principiológico.

Esse sentido principiológico para normas fundamentais advém da evolução do conceito de princípio. Assevera Bonavides³², citando Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras. A diferença primordial é na forma de solução de conflito, quando colidem entre si. Estes se resolvem na dimensão de validade, enquanto que aqueles, na dimensão de valor.

Isso quer dizer que um conflito entre regras se resolve quando uma das regras é declarada nula, ou quando se introduz uma cláusula de exceção. Ou seja, apenas uma das regras em conflito pode ser considerada válida e aplicada ao caso concreto.

Por outro lado, um conflito entre princípios se resolve fazendo prevalecer um deles num

32 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.243

caso concreto. Não se está, dessa forma, invalidando um dos princípios, mas apenas deixando de fazer prevalecer ante o peso de outro naquela situação. A sua aplicação, portanto, pode ocorrer em diferentes graus³³. Inclusive, é possível que, em situação distinta, a prevalência se dê de outra forma.

O conflito entre princípios se utiliza da técnica **juízo de ponderação**, pela qual, estabelece-se, no caso concreto, qual dos princípios deve prevalecer, de acordo com os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade³⁴. Sobre esse último, ressalta Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.³⁵

Portanto, observa-se que há possibilidade de o direito à intimidade colidir com o direito à liberdade de expressão e informação, porquanto direitos fundamentais. Este último está expressamente previsto no inciso IX do art. 5º, capitulado pelos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal³⁶. Dessa forma, procura-se verificar, no caso concreto, se o direito à informação deve prevalecer sobre o direito à intimidade.

Por exemplo, para uma pessoa pública (servidor público em cargo eletivo, por exemplo), o grau de interesse público de atos que, para outras pessoas, estariam protegidos pela esfera da intimidade ante aos mesmos destinatários, é muito maior, sobrepondo-se, quando da ponderação, ao interesse individual, o que legitima sua maior exposição. Ressalte-se que essa ponderação não deve ser feita em abstrato, devendo se verificar *in casu* o conflito de interesses.

Na esteira desse raciocínio, aplicando-se os conceitos ora expostos ao caso em estudo neste trabalho, resta claro que houve violação à privacidade e à imagem da professora quando da veiculação do vídeo no sítio de compartilhamento. Não há interesse público a justificar a liberdade de expressão e informação. E, muito embora a professora estivesse num ambiente público e tivesse conhecimento de que havia, no recinto, pessoas de posse de câmeras amadoras, isso não implica a anuência tácita à publicação do vídeo, que atingiu um público bem maior do que o destinatário daquela esfera de privacidade.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284

34 FARIAS, op. cit., p. 122

35 BONAVIDES, op. cit., p. 386.

36 *In verbis*: IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

Logo, assiste à professora o direito de, no âmbito civil, requerer a tutela inibitória para que seja retirado do sítio o vídeo em questão, com fundamento no art. 12 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Em caso semelhante, de grande repercussão na imprensa por envolver pessoas famosas, assim decidiu a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.³⁷

4 JUSTA CAUSA

Uma das formas de extinção do contrato de trabalho se dá pela despedida por justa causa do obreiro. Considerando-se esta a hipótese de demissão da professora, indaga-se se o empregador estaria amparado pelo direito ou se estaria a ofender direito da personalidade da empregada.

Segundo Carrion, justa causa é o efeito emanado de **ato ilícito do empregado** que, violando alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus (pagamento de indenizações ou percentual sobre o depósito do FGTS, 13º salário e férias, estes dois proporcionais)³⁸.

Esse tipo de dispensa só é autorizado quando observados alguns requisitos. Quanto a quais sejam, há certa divergência na doutrina. Alice Monteiro de Barros enumera os seguintes: previsão legal, caráter determinante da falta, atualidade ou imediatidade da falta, proporcionalidade e *non bis in idem*³⁹.

José Cairo Júnior aponta *a tipificação legal da conduta ilícita, autoria, materialidade, nexa de causalidade, imediatidade da penalidade aplicada e gravidade ou proporcionalidade*⁴⁰.

37 APEL.Nº 556.090.4/4-00 – TJSP, Rel Ênio Santarelli Zuliani, 12/06/2008.

38 CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 379

39 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2008, pp. 878 - 881

40 CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 502

Boa parte da doutrina se restringe a classificar os requisitos para a justa causa entre objetivos e subjetivos⁴¹. O primeiro concerne à caracterização da conduta obreira que se pretende censurar; enquanto que o segundo se refere ao envolvimento do trabalhador na respectiva conduta, se agiu com culpa ou com dolo, se o obreiro teve intenção de fazer ato certo⁴².

Contudo, acrescenta Maurício Godinho Delgado, parece relevante distinguir um terceiro grupo, “*que envolve as circunstâncias de aferição da conduta faltosa do obreiro e de aplicação da correspondente penalidade*”⁴³.

Seguindo essa classificação, os requisitos objetivos são a *tipicidade da conduta obreira* e a *gravidade*. Os requisitos subjetivos são a *autoria* obreira da infração e seu *dolo ou culpa*. Para requisitos circunstanciais, ele enumera o seguintes:

(...) nexos causal entre a falta e a penalidade; adequação entre a falta e a pena aplicada; proporcionalidade entre elas; imediatividade da punição; ausência de perdão tácito; singularidade da punição (*non bis in idem*); inalteração da punição; ausência de discriminação; caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente gradação de penalidades.⁴⁴

Para o caso em estudo, o objetivo é analisar alguns aspectos a ensejar a justa causa, no que concerne aos requisitos a justificá-la. Essa análise não será exaustiva, até porque ausentes minúcias do caso. Logo, alguns requisitos deixarão de ser comentados por serem óbvios (como *autoria*) ou por serem irrelevantes ao escopo deste trabalho.

O primeiro requisito, *tipicidade da conduta obreira*, requer que a justa causa seja tipificada em lei, ou seja, aplica-se-lhe o critério do Direito Penal de que *nullum crimen nulla poena sine lege*. Contudo, na lei trabalhista os tipos são mais abertos, conferindo-lhe, portanto, plasticidade muito além do que o permitido no Direito Penal.

Para a doutrina, somente as faltas previstas no art. 482 da CLT autorizam a resolução do contrato por justa causa. Portanto, trata-se de rol taxativo. As previsões do art. 502 da CLT e do parágrafo único do art. 240, a rigor, não alteram a sobredita enumeração taxativa, uma vez que podem se enquadrar nos tipos enumerados.

Para o caso em estudo, a conduta da empregada parece alinhar-se com o tipo previsto na alínea “b” do art. 482 da CLT, *in verbis*:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
(...)
b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

41 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1186

42 MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 503

43 DELGADO, op. cit., p. 1186

44 DELGADO, op. cit., p. 1189

(...)

Coube à doutrina e à jurisprudência diferenciar a incontinência de conduta do mau procedimento. Este representa qualquer ato faltoso que não possa ser enquadrado nas demais alíneas do referido artigo.

Tudo o que não possa ser encaixado em outras faltas será classificado no mau procedimento. Será, portanto, uma atitude irregular do empregado, um procedimento incorreto, incompatível com as regras a serem observadas pelo homem comum perante a sociedade.⁴⁵

Já a incontinência de conduta está ligada ao desregramento sexual do empregado, pela carência de pudor. Assim, quando o empregado assedia sexualmente um colega de trabalho, gerando o constrangimento; pratica atos obscenos ou de libertinagem; ou ainda, exhibe ou compartilha material pornográfico durante o expediente, está praticando um ato de incontinência de conduta.

Como observa Carrion⁴⁶, foi impossível adotar para essas espécies conceituação precisa, desvinculada da casuística, em face da sua amplitude.

No que concerne à culpa, perquire-se se está a considerar meramente a relativa ao ato praticado na casa noturna, bastando em si, ou se a professora deve responder a esse título apenas se responsável por todo o conjunto de eventos que justificariam a demissão.

Isso se faz necessário porque a descrição do caso demonstra que a empregada não consentiu com a publicação do vídeo e isso constituiu a causa primeira da demissão, haja vista que dela se ensejou toda a cadeia de eventos, desde a repercussão até a manifestação por parte dos pais dos alunos. Ausente a publicação, estaria quebrado o **nexo causal** entre a coreografia e a demissão.

Para tanto, é fundamental que se estabeleça o alcance da ingerência do empregador na vida privada do empregado. Sobre esse aspecto, Alice Monteiro da Barros, ao comentar sobre a incontinência de conduta no meio esportivo, traça alguns parâmetros, conforme transcrição abaixo:

Merece destaque especial a incontinência de conduta praticada pelo atleta ou, mais especificamente, pelo jogador de futebol. Como é sabido, o caráter muito amplo e intenso de subordinação é uma peculiaridade do contrato de trabalho desse empregado. O controle estende-se não só à atividade esportiva, incluindo treinos, concentração e excursões, mas também aos **aspectos pessoais**, como alimentação, bebidas, horas de sono e peso; aos **aspectos mais íntimos**, como o comportamento sexual; **mais convencionais**, como a vestimenta e a presença externa e, ainda, aos **aspectos mais significativos**, como declarações à imprensa.

Por outro lado, é incontestável que o atleta, dada a natureza da obrigação funcional assumida consciente e voluntariamente, deve manter boa forma física, como aliás se infere do art. 35, II, da Lei n. 9.615, de 1998, com a nova redação dada pela Lei n. 9.981, de 2000.

45 MARTINS, op. cit., p. 379

46 CARRION, op. cit., p. 381

Logo, segundo a doutrina, o seu ambiente de trabalho é mais amplo e não se restringe aos limites físicos da sede da agremiação, sob pena de serem desatendidas as peculiaridades do contrato em exame. Com base nesses argumentos, justifica-se a ingerência empresarial em certos aspectos da vida privada do empregado que terminarão “*por implicar inevitável queda de forma física do atleta*”.

Para os atletas, portanto, a incontinência de conduta é avaliada com mais rigor do que o critério adotado para os empregados em geral e poderá configurar-se mesmo fora das dependências da agremiação.⁴⁷ (grifos no original)

Daí verifica-se que as peculiaridades da profissão podem ampliar a ingerência do empregador para fora do ambiente de trabalho. Na argumentação de Alice Monteiro de Barros, no caso do jogador de futebol, ela se justifica “*por implicar inevitável queda de forma física do atleta*”.

Isso não se mostra verdadeiro para o caso em estudo. Destarte, a veiculação do filme, em princípio, não diminui nem restringe as capacidades laborativas da professora, deixando-a menos apta para o exercício da sua profissão. Afinal, como se depreende da descrição do caso, o empregador não pareceu dar maior importância à situação em questão, tendo optado por demiti-la *apenas* após a pressão por parte dos pais – por isso não fica afastado o requisito da **ausência de perdão tácito**, porque a iniciativa do empregador decorreu desse fato, que só veio a acontecer em momento posterior.

Além disso, como ficou demonstrado na seção anterior, o dissentimento da publicação do vídeo constituiu ofensa a direito fundamental da professora. Não é razoável admitir que esse evento, que partiu de um ato ilícito, possa servir de fundamento para justificar a licitude da decisão da escola. Ou seja, não houve **ato ilícito do empregado** a ensejar a justa causa.

Observe-se que seria o mesmo que uma acusação de crime cometido pelo empregado, que provocasse grande repercussão na imprensa, pudesse servir de fundamento para sua demissão, ainda que posteriormente restasse provada sua inocência. Afastado, portanto, o requisito da culpa.

Por outro lado, é cediço que o empregador explora atividade econômica e, como tal, deve atender os anseios de seus clientes: os alunos e em última análise seus pais. Se o comportamento da professora foi considerado inadequado por parte deles, a escola fica diante da difícil escolha entre atender essa demanda e respeitar os direitos da professora. Necessário, portanto, resolver o conflito entre esses interesses.

Nesse sentido, deixar de atender a demanda dos pais, pode provocar um inegável prejuízo à escola e, por conseguinte, ao ambiente laborativo. Com relação a esse aspecto, assevera Maurício Godinho Delgado:

(...) De fato, é inquestionável que o exercício do poder disciplinar restringe-se a condutas obreiras vinculadas a suas obrigações contratuais trabalhistas. Ou seja, *o que pode ser tido*

47 BARROS, op. cit., p. 886

*como infração laboral será exclusivamente um comportamento do trabalhador que prejudique o cumprimento de suas obrigações contratuais trabalhistas ou, no mínimo, produza injustificável prejuízo ao ambiente laborativo.*⁴⁸ (grifos no original)

O que se pretende, a partir dessa premissa, é demonstrar ser cabível o exercício do poder disciplinar do empregador neste caso, uma vez que existe injustificável prejuízo ao ambiente laborativo em decorrência da insatisfação dos pais com a escola.

Assim sendo, embora ausente os requisitos apontados pela doutrina, a justa causa ainda seria possível, mas com fundamento no juízo de ponderação entre os direitos fundamentais da professora e os do empregador.

Isso porque os fatos protagonizados pela professora provocaram um dano à imagem da escola, que é um direito fundamental. Além disso, os prejuízos advindos da insatisfação dos pais com a escola puseram em risco o direito à propriedade do empregador. Ora, o poder diretivo é indispensável para que o empregador possa desenvolver suas atividades empresariais. Ele possui fundamento no princípio da livre iniciativa, no da propriedade privada e no livre exercício da atividade econômica.

É importante ressaltar que não se trata unicamente em ceder à pressão dos pais. Mormente porque ela pode vir acompanhada de preconceito. Uma professora homossexual, por exemplo, poderia provocar reação semelhante por parte dos pais. Entretanto, essa insatisfação não seria suficiente para justificar o exercício do poder disciplinar, uma vez que o empregador incorreria em discriminação.

No próprio caso em estudo, essa reação pode representar um puritanismo descabido. Para ilustrar, vejam-se os carnavais, principalmente na capital baiana, onde ocorreu o fato descrito. É nítido o apelo à sexualidade. As bailarinas se expõem em trajes minúsculos nos trios elétricos e as músicas têm clara conotação sexual.

Aliás, não só no carnaval, mas também nas praias, em que mulheres se exibem em fio-dental; e na televisão, em que artistas exploram a sexualidade nos programas às tardes de domingo e que são copiadas pelas crianças sem o menor pudor.

Feito essa ressalva, o objetivo é demonstrar que a justificativa decorre do juízo de ponderação quanto aos direitos fundamentais envolvidos. De um lado, estão os direitos da personalidade da professora; de outro, os direitos à propriedade e à imagem do empregador a ensejar o poder diretivo.

Assim sendo, parece razoável que, neste caso, deva prevalecer o direito do empregador. Afinal, não se pode, sob o pressuposto de proteger a empregada, mesmo que ela tenha agido de

⁴⁸ DELGADO, op. cit., p.1187

forma não intencional, colocar em risco a existência do próprio negócio, uma vez que a livre iniciativa é fundamento da República. Ademais, a potencial falência da escola, provocada pelo dano a sua imagem, coloca em risco a proteção ao trabalho dos outros professores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações de trabalho sofreram profundas modificações, em consequência dos avanços tecnológicos ocorridos, mormente a Internet. Suas ferramentas possibilitaram às empresas aumentar sua produtividade, reduzir custos e criar novos meios de relacionamento com o mercado consumidor. Hoje, essas ferramentas são vistas como indispensáveis no ambiente corporativo.

Porém, as mudanças na legislação não foram capazes de acompanhar o progresso tecnológico. Além disso, as novas relações da sociedade da informação geram conflitos caracterizados pela colisão de direitos fundamentais, haja vista os direitos da personalidade do trabalhador ante o poder diretivo e as implicações advindas das interações no ambiente da Internet.

Nesse sentido, este trabalho abordou essa problemática a partir de um estudo de caso em que estava presente esse conflito. Na situação estudada, a técnica do juízo de ponderação dos princípios envolvidos na relação se mostrou plausível para ensejar uma demissão por justa causa, sem considerar a aplicação do art. 482 da CLT.

No caso em estudo, demonstrou-se que, ante a colisão entre o direito da personalidade da empregada, no que tange à intimidade; e o poder diretivo do empregador, com fundamento no direito à propriedade, à livre iniciativa; sopesando, ainda, o direito à imagem, pareceu razoável fazer prevalecer o direito do empregador.

Como foi exposto, sob o pressuposto de proteger a empregada, não faz sentido arriscar a existência do próprio negócio do empregador, o que ensejaria risco à proteção ao trabalho dos outros profissionais a ele subordinados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **Após vídeo sensual, professora primária é demitida.** UOL Notícias, 27/08/2009. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2009/08/27/ult4469u45313.jhtm>>. Acesso em: 09/20/2009.

_____. **Exposição em redes sociais na internet pode levar à demissão.** O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/seubolso/mat/2009/04/25/exposicao-em-redes-sociais-na-internet-pode-levar-demissao-755438772.asp>>. Acesso em: 09/10/2009.

_____. **Jornada de Direito Civil** / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJP, 2007.

_____. **Uso de Facebook durante ausência do trabalho causa demissão na Suíça**. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/04/090427_demitidafacebook_ba.shtml>. Acesso em: 09/10/2009.

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 14, abril – junho, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. 1ª ed, 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**: Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho. 4. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2008.

DINES, Alberto. **You Tube revoluciona acesso à informação**. Observatório da Imprensa. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=420ENO001>>. Acesso em: 09/10/2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTHE, Marcelo. **A nova era da televisão**. Revista Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/130906/p_088.html>. Acesso em: 09/10/2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Antonio. **Sociedade da informação**: globalização, identidade cultural e conteúdos. *Ciência da Informação*, Brasília, v.29, n.2, p.78-88, maio/ago, 2000.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional** – 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PASSARELLI, Luciano Lopes Passarelli. **Hermenêutica pós-giro lingüístico**. Doutrina Jus Navegandi. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13198>>. Acesso em: 09/10/2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na Internet**: um enfoque jurídico. Bauru: Edipro, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** (Parte Geral), São Paulo: Atlas, 2001.