



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALINE CONSUELLO CARNEIRO ULM

**A UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO EMPREGADO PARA FINS
COMERCIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Salvador
2014

ALINE CONSUELLO CARNEIRO ULM

**A UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO EMPREGADO PARA FINS
COMERCIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Danilo Gonçalves Gaspar

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE CONSUELLO CARNEIRO ULM

A UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO EMPREGADO PARA FINS COMERCIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

A minha filha Beatriz Ulm, o amor mais pleno da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a DEUS por ser a base das minhas conquistas.

A minha filha Beatriz, por ser a luz da minha vida, a verdadeira tradução do que é o amor.

A Ivan Ulm, esposo e companheiro, que sempre me apoiou, principalmente, nos momentos de muito estudo e na elaboração desse trabalho. Sou grata pelo cuidado e carinho com a nossa filha, que a minha procura, muito bateu a porta do quarto, em busca de atenção.

A minha mãe Maria lêda, pelo amor, incentivo, dedicação, orações e apoio incondicional.

Aos meus irmãos Alana e Rômulo pelo espírito fraterno e pelas demonstrações de solidariedade e amizade.

Aos meus lindos sobrinhos, que sempre me proporcionaram dias de muita alegria.

Aos meus sogros, Carlos Ulm e Ana Maria, pela compreensão nos momentos de ausência, durante toda a produção desse trabalho.

Ao meu orientador, professor Danilo Gaspar, pela confiança e conhecimento empenhado na construção desse estudo, que, com muita dedicação, incentivo e paciência, acolheu-me, atenciosamente, nos momentos de dúvidas e angústia. Agradeço por todas as contribuições em todas as etapas do desenvolvimento desse trabalho.

A todos os professores da Faculdade Baiana de Direito, em especial, a professora Juliane Facó, pela atenção e dicas valiosas.

Aos meus amigos e companheiros de trabalhos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação acadêmica.

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar.
Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota”.

(Madre Teresa de Calcutá)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5, inciso X, integrou a imagem no rol dos direitos e garantias fundamentais. O Direito de Imagem é tutelado pelo Código Civil Brasileiro de 2002, ao consagrá-lo aos direitos da personalidade, admitindo a sua utilização se precedida de autorização ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Este trabalho se propõe a estudar sobre a utilização da imagem do empregado para fins comerciais, bem como as suas consequências jurídicas. A partir de uma abordagem teórica, analisa a relação jurídica da relação de emprego, apresentando os seus elementos caracterizadores e os aspectos importantes do elemento da subordinação jurídica. É desenvolvido um estudo sobre o poder empregatício e suas espécies e prerrogativas. Analisa as decorrências jurídicas acerca do exercício desse poder empregatício quando abusivo e ilícito. O direito à imagem é abordado em minucioso escorço histórico, tendo em vista os aspectos conceituais, jurídicos e principiológico. O princípio da dignidade da pessoa humana baliza o trabalho, vez que se pode inferir que a inobservância aos preceitos constitucionais, justtrabalhista e civilistas, pode incorrer na transformação de sujeitos trabalhadores a meros objetos de campanhas publicitárias, em analogia a figura de um “outdoor humano”. O trabalho tratou de compreender as implicações jurídicas quando, sem anuência do empregado, a imagem dos empregados é utilizada pelo empregador para veicular propaganda de terceiros em seu uniforme de trabalho, cabendo ao empregado à devida reparação por danos: extrapatrimonial e patrimonial, com base no instituto da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Constituição Federal, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Direito de Imagem, proteção, outdoor humano, reparação integral.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. A DISCIPLINA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO E O CONTRATO DE TRABALHO	14
2.1 CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS JURÍDICOS FORMAIS	14
2.2 A RELAÇÃO DE EMPREGO ENQUANTO OBJETO DO CONTRATO DE TRABALHO	17
2.2.1 A natureza jurídica da relação de emprego	18
2.2.2 Os elementos caracterizadores da relação de emprego	21
2.2.3 Subordinação jurídica	24
2.3 O PODER EMPREGATÍCIO	27
2.3.1 Espécies de poderes do empregador	28
2.3.2 Prerrogativas, limites e o exercício abusivo do poder empregatício	30
3 O DIREITO À IMAGEM NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE EMPREGO	33
3.1 ESCORÇO HISTÓRICO, CONCEITO E ESPÉCIES DO DIREITO À IMAGEM	33
3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE HUMANA E A IMAGEM DO TRABALHADOR	35
3.3 “OUTDOOR HUMANO” E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	40
3.4 (IN)DISPONIBILIDADE AO DIREITO DE IMAGEM	45
3.5 PROTEÇÃO (INFRA)CONSTITUCIONAL AO DIREITO DE IMAGEM	51
4 A UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO EMPREGADO PARA FINS COMERCIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	54
4.1 HIPÓTESES DO USO DA IMAGEM DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO	54
4.2 A INSERÇÃO DE PROPAGANDAS NOS UNIFORMES DOS EMPREGADOS	55
4.2.1 Para fins comerciais do próprio empregador	58
4.2.2 Para fins comerciais do grupo econômico	61
4.2.3 Para fins comerciais de terceiros	65

4.3 O USO DA IMAGEM DOS EMPREGADOS PARA VEICULAR PROPAGANDA DE TERCEIROS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS	69
4.3.1 A autorização e a prestação pecuniária pelo uso da imagem do empregado para fins comerciais de terceiros	69
4.3.2 A reparação integral por danos à imagem do empregado	73
5 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Imagem adquiriu proteção constitucional, garantindo a todos a sua inviolabilidade, com o advento da Carta Magna de 1988, (art. 5, X).

Entretanto, com o advento da globalização, do acesso a novas tecnologias e aos meios de comunicação digital, as pessoas tornaram-se mais suscetíveis e vulneráveis a violação de sua imagem.

A proteção infraconstitucional ao Direito de Imagem é garantida pelo Código Civil de 2002, que dedicou um capítulo aos direitos da personalidade, admitindo a sua utilização, mas se precedida de autorização ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

No sistema capitalista de produção, a busca pelo alcance dos objetivos empresariais através da venda de bens e serviços a fim de maximizar das taxas de lucro, está vinculada a ampla e a ostensiva propaganda no cenário mercantil, seja por meios tradicionais e/ou contemporâneos de publicidade. A campanha publicitária pode ser realizada por modelos profissionais ou até mesmo por empregados, em ambiente laboral.

No que tange ao ambiente de trabalho, os empregadores, sob o manto do poder empregatício, não raras vezes, exigem dos seus subordinados a obrigação do uso de uniformes de trabalho com a inserção de marcas de produtos comercializados pelo detentor do capital, equiparando a imagem dos empregados a um “outdoor humano”.

A expressão “outdoor humano” apresenta a ideia de que o ser humano trabalhador poderá ser nivelado a este meio de publicidade, quando obtiver seu direito de imagem rechaçado e desrespeitado. A transformação do corpo do empregado em instrumento de publicidade será repellido e obstado por normas e princípios (infra)constitucionais.

Outrossim, à luz das normas trabalhistas, busca-se analisar a (i)lícitude do uso da imagem dos empregados, com fulcro no artigo nº 456 da Consolidação das Leis do Trabalho e das normas preconizadas pelos direitos da personalidade, verificando-se a (im)possibilidade de ser objeto contratual, vez que já encontra-se previsão em leis

especiais quanto a cessão para o exercício do direito de imagem: Lei Pelé nº 12.395/11 e Lei de Direitos Autorais nº 9.610/98.

Assim sendo, o tema do presente trabalho é “A utilização da imagem do empregado para fins comerciais e suas consequências jurídicas” e, tem como objetivo central, analisar se a utilização da imagem do empregado, através da inserção de propagandas/publicidade de terceiros, em seus fardamentos, violará o seu direito de imagem, em face das normas constitucionais, infraconstitucionais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

À luz das transformações sociais, política e econômica, a finalidade social do trabalho, ressalta-se pela abordagem do tema, em estudo, vez que demonstrará enriquecedora contribuição para a sociedade, principalmente para a classe trabalhadora, sujeitos que vivem em estado de subordinação empregatícia, a obterem um melhor conhecimento dos seus direitos, bem como compreender as consequências jurídicas do uso da imagem dos empregados, quando prescindida de prévia e devida autorização aos seus empregadores.

O trabalho está organizado em quatro capítulos, cuja introdução corresponde ao primeiro capítulo.

O segundo capítulo desenvolve o conteúdo da disciplina jurídica da relação de emprego e o contrato de trabalho, no qual serão explorados conceitos, características e seus elementos jurídicos formais, bem como a relação de emprego enquanto objeto do contrato de trabalho, a sua natureza jurídica e os seus elementos caracterizadores, com foco principal ao da subordinação jurídica.

Ainda no segundo capítulo, fez-se pertinente abordar sobre o poder empregatício, retratando suas espécies e, concomitantemente, analisando-se os limites e o exercício abusivo do empregador na hipótese de utilização da imagem do trabalhador para fins comerciais.

O direito à imagem no âmbito da relação de emprego foi objeto do terceiro capítulo. Neste espaço foram apresentados dados históricos e conceituais relevantes, a fim de concretizar o conhecimento, desde a origem até a tutela (infra)constitucional desse direito.

Oportunamente, ainda, no terceiro capítulo, os direitos da personalidade humana, em face da imagem do trabalhador, tendo em vista a realização da dignidade do ser humano, como princípio balizador constitucional. Tratou-se sobre os direitos da personalidade, como sendo direito fundamental e personalíssimo do ser humano, cujo objetivo primordial é a proteção aos atributos: físico, psíquico, moral e intelectual, tendo com fundamento o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Por seguinte, o terceiro capítulo enfrentou-se, também, o tema “outdoor humano” e a discussão sobre a (in)disponibilidade ao direito de imagem, ou seja, se o direito de imagem é passível de negociação econômica, em que pese, a doutrina brasileira aponte que as características dos direitos de personalidade extrapatrimoniais são: indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis.

Por fim, no quarto capítulo e central do trabalho, abordou-se sobre a utilização da imagem do empregado para fins comerciais e suas respectivas consequências jurídicas. Desenvolveu-se, de forma lógica e concatenada, ao trazer, inicialmente, as hipóteses do uso da imagem do empregado no ambiente laboral, revelando-se a (i)lícitude do exercício do poder diretivo do empregador, em exigir o uso de uniformes, para fins comerciais do próprio empregador, do grupo econômico e de terceiros (fornecedores).

O cerne do quarto capítulo manifestou-se ao tratar do tópico “o uso da imagem dos empregados para veicular propaganda de terceiros, em suas vestes de trabalho, e suas implicações jurídicas”. Apresentou-se as consequências jurídicas na hipótese do empregador utilizar da imagem do trabalhador, sem seu consentimento, expresso, vez que, não obtendo a aquiescência dos seus dos obreiros e da respectiva contraprestação pecuniária, desencadeará a devida reparação por danos: extrapatrimonial e patrimonial, com base no instituto da responsabilidade civil.

2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO E O CONTRATO DE TRABALHO

Em face da hipossuficiência dos trabalhadores, ao longo da história, a relação de emprego tornou-se objeto de estudo do Direito do Trabalho. Todavia, a relação de trabalho não se confunde com a relação de emprego.

A relação de trabalho é um gênero que envolve qualquer fazer humano, qualquer trabalho no sentido de dispêndio, de desgaste de energia. Já a relação de emprego, é uma espécie composta, de forma cumulativa, por cinco requisitos fático-jurídicos, cuja relação é construída a partir de um contrato de trabalho, com fulcro no art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.1 CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS JURÍDICOS FORMAIS

A Relação de Trabalho é compreendida pela Ciência do Direito como uma modalidade de contratação de trabalho humano. Essa visão genérica da relação de trabalho refere-se, na visão de Mauricio Godinho Delgado (2005, p. 285), a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano.

Ocorre que, na seara justralhista, a relação de trabalho englobaria: a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras. Assim, a classificação da relação de emprego é uma espécie do gênero da relação de trabalho e uma das modalidades mais importantes do universo da prestação de trabalho.

Faz-se *mister* observar que a relação empregatícia desenvolveu-se juntamente com a sociedade industrial capitalista, visto que, em momentos pretéritos, o trabalho humano era caracterizado por uma relação servil ou escrava.

Todavia, à luz desse panorama sócio-histórico, percebe-se que o trabalhador, que antes era subjugado a condição de escravo, com o crescimento da sociedade urbana industrial, este trabalhador foi absorvido a um novo sistema de produção e, por conseguinte, a uma nova relação jurídica empregatícia.

Nesse passo, Luciano Martinez (2013, p. 143) compreende que a relação de emprego constitui o ato jurídico capaz de objetivar medidas de proteção trabalhista. Assim sendo, a figura jurídica da relação empregatícia é um fenômeno sociojurídico que resulta da junção de elementos fático-jurídicos.

Na visão de Maurício Godinho Delgado (2012, p. 283) o fenômeno da relação de emprego é constituído por cinco elementos fático-jurídicos que são: a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; a prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador; a não eventualidade; a subordinação ao tomador de serviços e a prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

Contudo, os elementos jurídicos formais perpassam pela análise da validade e da extensão dos efeitos jurídicos de determinada relação de emprego, isto é, a apreciação recairá: na capacidade das partes contratantes; na licitude do objeto contratado; na forma contratual prescrita e não defesa em lei e na manifestação da vontade das partes, conforme o Código Civil de 2002, artigo 104: A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável e III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Isto posto, percebe-se que a completude da relação de emprego está vinculada a existência e a reunião tanto dos elementos fático-jurídicos quanto dos elementos jurídico-formais, a fim de gerar efeitos justralhista. Nesse diapasão, a relação de emprego se perfaz, necessariamente, a partir de um contrato de emprego, tácito ou expresso, escrito ou verbal, a fim de concretizar o vínculo de atributividade da relação jurídica.

Luciano Martinez (2013, p. 143) enfoca que o vínculo de atributividade é gerador dos títulos legitimadores da posição dos sujeitos, ou seja, é o elemento capaz de ligar um sujeito a outro, reciprocamente e de forma objetiva. Há um grau indissociável da relação de emprego com o contrato de emprego.

Dentro desse contexto, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (1943) evidencia, no artigo 442, a expressão contrato de trabalho para designar contrato de emprego: “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Todavia, em que pese a CLT vincule o contrato individual de trabalho à relação de emprego, num sentido lato, este contrato também alcança as outras espécies de

relação de trabalho, ou seja, diz respeito tanto aos trabalhadores subordinados não eventuais, como aos autônomos e aos trabalhadores subordinados eventuais e outras prestações laborativas.

Assim, conceitua-se o contrato de trabalho a partir dos elementos caracterizadores da relação de emprego.

Para Luciano Martinez (2013, p. 152) o contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) obriga-se pessoalmente e de forma intransferível a prestar trabalho de maneira não eventual, em prol de uma pessoa física ou jurídica (empregador) que assumirá todos os riscos da atividade desenvolvida, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração).

Diante disto, apreende-se que os elementos caracterizadores da relação de emprego são os mesmos do contrato de emprego. Assim, a definição desta é edificada a partir dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia.

Na caracterização do contrato de trabalho, há a prevalência de importantes elementos essenciais que são: contrato sinalagmático por haver obrigações contrapostas, recíprocas; contrato consensual por ser possível ajustá-lo inclusive tacitamente (não formal ou solene); “intuito personae” por envolver uma única parte contratual, o empregado, porque a impessoalidade ou despersonalização recairá sob o empregador e não sob o empregado, excluindo-se nessa seara as pessoas jurídicas.

Nesse passo, tem-se, ainda, que o contrato de trabalho é caracterizado como de trato sucessivo, pois as prestações principais desse contrato sucedem-se, de forma contínua, ao longo do tempo, ou seja, ao longo do prazo contratual. Já o caráter oneroso do contrato de emprego, consiste na vantagem econômica aferida a partir de uma contraprestação objeto dessa relação jurídica.

Mauricio Godinho (2005, p. 495) diz que a onerosidade consiste na previsão de perdas e vantagens econômicas para ambas as partes: empregado e empregador, isto é, que há uma troca de sacrifícios e vantagens, ainda que desigual de riquezas.

Ademais, uma das principais características do contrato de emprego é a alteridade, expressão que designa que a prestação laborativa corre por conta alheia ao obreiro, recaindo sob o empregador.

Sendo assim, o contrato de trabalho é o instrumento que viabiliza a concretização da relação de emprego, este pode ser individual ou plúrimas e, ainda, por tempo indeterminado ou por tempo determinado.

No entanto, em consonância com os artigos 448 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, o contrato de trabalho é passível de modificações decorrentes de mudanças na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa, mas essas alterações das condições de trabalho incorrerá em ilicitude se não houver o mútuo consentimento e se resultar em prejuízos ao empregado, excetuando os trabalhadores que exercem cargo de confiança e os que possuem como condição necessária tais mudanças para a realização do serviço.

Destarte, na visão de Amauri Nascimento (2009, p. 914) há uma relação de causa e efeito entre a alteração do contrato de emprego e a alteração das condições de trabalho, sendo a primeira de caráter formal e a segunda material, por representar a perspectiva material do trabalho ou da relação de emprego como objetivamente vem sendo desenvolvida.

Nesse sentido, cogita-se a ideia de que toda alteração objetiva das condições de trabalho, repercute em uma modificação formal do contrato de emprego.

2.2 A RELAÇÃO DE EMPREGO ENQUANTO OBJETO DO CONTRATO DE TRABALHO

O Direito do Trabalho confere validade ao fenômeno sociojurídico da relação de emprego, vez que se torna possível aduzir sobre a existência ou não da relação empregatícia e seus efeitos jurídicos.

Conquanto a relação de emprego consinta a análise à luz de elementos fático-jurídicos e os jurídico-formais.

2.2.1 A natureza jurídica da relação de emprego

Historicamente, a compreensão da natureza jurídica da relação de emprego percorreu caminhos diversos. Antes do século XX, preponderou a tendência civilista, sob a égide das Teorias Contratualistas Tradicionais, cuja relação empregatícia teria caráter contratual.

À luz de Maurício Delgado (2005, p. 309) as Teorias Contratualistas Tradicionais são subdivididas em: Teoria do Arrendamento, Teoria da Compra e Venda, Teoria do Mandato, Teoria da Sociedade e o Contratualismo Tradicional.

A Teoria do Arrendamento é um modelo jurídico originário do Direito Romano que inclui o contrato empregatício entre as espécies de contratos de locação ou arrendamento. Este modelo jurídico foi adotado pelo antigo Código Civil Brasileiro quando fez referência à locação de serviços e à empreitada.

Todavia, foi superada na medida em que no contrato empregatício contemporâneo, não se observa a separação entre o trabalhador e o objeto do contrato que é a prestação do próprio trabalho.

Para a Teoria da Compra e Venda o contrato de trabalho teria natureza jurídica de compra e venda, conforme Maurício Delgado (2005, p. 310), pois o obreiro venderia sua força de trabalho ao empregador tendo por contrapartida um salário, ou seja, reduzia o trabalho a uma simples mercadoria. Havia uma ruptura entre o elemento alienado (trabalho) e seu prestador (obreiro), configurando-se em uma obrigação de dar e não de fazer. Já a Teoria do Mandato, previa que o empregado atuasse como mandatário do seu empregador a partir de uma elevada relação de fidúcia.

Ademais, a Teoria da Sociedade imprimiu certa fragilidade em seus fundamentos, quando buscou concretizar o entendimento jurídico de que a relação empregatícia estava diretamente amparada por um contrato de sociedade, porquanto são figuras díspares.

De acordo com essa linha de raciocínio, faz-se a reflexão se é possível conciliar os interesses de sujeitos que possuem apenas a sua força de trabalho com os detentores do capital e dos meios de produção.

Sendo assim, e pela incapacidade evidente das Teorias Contratualistas tradicionais em decifrar a real natureza jurídica da relação de emprego, em contraposição a vertente contratual, emergem no século XX as Teorias Acontratualistas que subdividiram em: Teoria da Relação de Trabalho e a Teoria Institucionalista.

Estas teorias rechaçaram as matrizes civilistas ou contratualistas, vez que tinham a preocupação de negar qualquer relevância ao papel da liberdade e da vontade, e assim, do contrato, na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica especializada.

Maurício Godinho Delgado (2005, p. 316) estabelece que:

A teoria da relação de trabalho parte do princípio de que a vontade - e desse modo, a liberdade - não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado. A prestação material dos serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seria a fonte das relações jurídicas de trabalho – e não a vontade das partes, em especial do obreiro.

Veja-se que para a Teoria da Relação de Trabalho o fundamental seria a ocupação, a inserção do trabalhador junto às atividades laborativas e não mero acordo firmado entre empregado e empregador.

Sergio Pinto Martins (2013, p. 100) ressalta que a da relação de trabalho nega a existência da vontade na constituição e desenvolvimento da relação de trabalho, pois há um fato objetivo independente de qualquer manifestação subjetiva quanto à relação jurídica trabalhista.

A partir dessa teoria, o trabalhador teria que se submeter a um estatuto, no qual constariam a previsão legal, os regulamentos da empresa, o contrato de trabalho e a negociação coletiva.

Sendo assim, o estatuto estabelecerá as condições de trabalho e juntamente com o poder disciplinar do empregador, definirá a prestação de serviços do empregado, sem discussão das condições de trabalho.

No entanto, à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, essa tese encontra-se obstáculo, pois prevê em seu artigo 4º a possibilidade de se efetivar o trabalho no período em que o empregado encontrar-se à disposição do empregador, não apenas em atividades laborativas, mas também no aguardo de ordens.

Para a Teoria Institucionalista, a relação de emprego também não privilegia as ideias de liberdade e de vontade, mas tão somente a instituição empresarial.

Na visão, ainda, de Maurício Delgado (2005, p. 319) a empresa é um corpo social que se impõe objetivamente a um conjunto de trabalhadores e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus subordinados.

Percebe-se, no entanto, que a Consolidação das Leis do Trabalho na construção da natureza jurídica da relação de emprego sofreu influências tanto das teorias contratualistas quanto acontratualistas.

Embora, críticas recaem sobre ambas, na medida em que a teoria tradicional embasou-se na matriz teórica civilista e as últimas equivocaram-se em posicionamentos antidemocráticos, quando retificaram que não é da essência da relação empregatícia os elementos da liberdade e da vontade do trabalhador.

Sergio Pinto Martins (2013, p. 105) declara que a Consolidação das Leis do Trabalho possui uma concepção mista do contrato de trabalho, na medida em que a redação do art. 444 denota uma concepção Contratualistas da relação empregado-empregador, em que as relações contratuais de trabalho podem ser objetos de livre estipulação entre as parte. Em outro momento, permitem, no art. 468 da CLT, alterações no contrato de trabalho, desde que haja mútuo consentimento.

Todavia, ainda, para o doutrinador Sergio Pinto Martins, (2013, p. 103), em muitos casos, o empregado aceita as imposições do empregador em virtude da dependência econômica que perpassa, majoritariamente, às relações de emprego, o que torna imprescindível a interferência estatal, com o intuito de construir um sistema de proteção ao obreiro, de forma que as normas de ordem pública incidam automaticamente sobre o contrato de emprego, restringindo a autonomia da vontade entre os sujeitos do pacto laboral.

Destarte, demonstra-se que o contrato de trabalho, por vezes, acaba sendo transformado em contrato de adesão, que pelo imenso contingente de pessoas desempregadas – grande industrial de reserva – vê-se obrigadas a aceitar em bloco toda e qualquer cláusula contratual, inexistindo a possibilidade de discussão ou alteração do contrato de emprego, aperfeiçoando para o empregado uma relação de emprego enfraquecida de direitos.

2.2.2 Os elementos caracterizadores da relação de emprego

A relação de emprego não se confunde com a relação de trabalho, vez que nem toda relação de trabalho será amparada pelo Direito do Trabalho, como sobrevém aos trabalhadores do mercado informal.

Nesse contexto, pode-se acompanhar o entendimento de Alice Monteiro de Barros (2012, p. 173) quando declara que existem relações de trabalho *lato sensu*, mas que esta não se identifica com a relação de emprego, considerada relação de trabalho *stricto sensu*.

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 172), ainda, ao tratar do tema, descreveu que tanto a relação de emprego quanto a relação de trabalho são modalidades de relação jurídica, na qual pressupõe a existência de pelo menos duas pessoas e de uma norma jurídica qualificadora da relação social. Tratou em afirmar que tal relação jurídica se apresenta por meio de direitos subjetivos, concretizado pelo poder de exigir ou pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo ou negativo e de direito potestativo.

Nesse contexto, a Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 2º e 3º, caracteriza, expressamente, que os elementos da relação de emprego, a partir de um contrato de emprego são: a pessoalidade, a natureza não eventual da prestação dos serviços para outrem, a remuneração do trabalho e a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.

Assim, tem-se:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

No sentir de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (2005, p. 396-367) o elemento da pessoalidade tem como acepção inicial, a prestação de serviço prestado pelo homem, cujo trabalho humano não decorre do simples desenvolvimento irracional de forças musculares ou de energia física, mas é compreendido a partir de uma racionalidade de emprego de energia psicofísica, técnica laborativa.

Assim sendo, a relação contratual empregatícia possui natureza *intuitu personae*, pois o vínculo do empregado se consuma com cada prestador de forma direta, infungível, individualizada e sem substituição.

Então, o empregado será toda a pessoa física que presta serviços pessoalmente, nos quais reúne todos os atributos necessários para a realização de determinado serviço para qual foi contratado. A contratação é personalíssima, *intuitu personae*, cujo elo entre empregado e empregador, restará pautado pela confiança, pela fidúcia.

No que diz respeito à substituição do empregado, este não pode se fazer substituir por quem quer que seja, pois qualquer substituição só pode ser determinada pelo empregador, pois este não contratou o serviço e sim a pessoa do empregado para a prestação laboral. A substituição pode decorrer de lei, nas hipóteses de férias, afastamento por motivo de doença e outros, ou quando as partes acordarem (consensual).

A tese de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (2005, p. 399) é de que pela personalidade, a atividade de cada trabalhador compõe a atividade geral da empresa que, por conseguinte, a atividade comum da nação, vez que tem a virtude de fixar a fidúcia que baliza as relações de emprego como negócio jurídico, pressupondo diligências, boa-fé e lealdade entre as figuras do empregado e do empregador.

A expressão da prestação de “serviço de natureza não eventual” contida no art. 3º da CLT, está atrelada ao elemento da não eventualidade ou habitualidade. Todavia, faz-se necessária a análise de duas vertentes para a compreensão desse elemento caracterizador da relação de emprego: a frequência do trabalho realizado pelo empregado a coincidência da atividade que ele realiza com a atividade fim da empresa.

Nesse passo, o pressuposto da não eventualidade é um dos temas controvertidos no Direito do Trabalho para Maurício Godinho Delgado (2005, p. 294). Nesse sentido, o autor apresentou teorias com o fim de precisar o real sentido desse elemento fático-jurídico em contraposição a ideia de eventualidade, cujas principais teorias são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica.

Maurício Godinho Delgado (2005, p; 294) revela que a teoria da descontinuidade seria incompatível com a Consolidação das Leis do Trabalho, mas harmônica à Lei do Trabalho Doméstico, pois informa que o eventual seria o trabalho descontínuo e interrompido com relação ao empregado. Já a teoria do evento, considera eventual o trabalhador que fora admitido em determinada empresa em virtude de determinado evento, fato, acontecimento específico, com duração esporádica.

A teoria dos fins do empreendimento ou fins da empresa é aquela na qual o trabalhador será considerado eventual se for chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa. E a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços baseia-se na ideia de ser eventual o trabalhador que não se fixa numa fonte de trabalho, vez que o termo eventual trata daquilo que não é fixo. (DELGADO, 2005, p. 296).

Assim, o trabalho dito não eventual é aquele prestado em caráter não transitório, não passageiro, não acidental, mas de forma permanente.

O elemento fático-jurídico da onerosidade é compreendido por Maurício Godinho Delgado (2005, p; 299) da seguinte maneira:

A pesquisa do elemento onerosidade no contexto de uma relação sócio-jurídica concreta deve envolver duas dimensões diferenciadas mas combinadas: um plano objetivo de análise, ao lado de um plano subjetivo de análise do mesmo elemento. No plano objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. [...] No plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes – em especial pelo prestado de serviços – ao fato da prestação de trabalho.

Todavia, o fato de não existir a contraprestação durante o tempo da prestação do trabalho não autoriza, não se conclui que estará descaracterizada a ocorrência da relação de emprego, pois havendo um contrato de atividade (sentido amplo) haverá a presunção da existência do trabalho, salvo quando se tratar de estagiários e da prestação de serviço voluntário. (MARTINEZ, 2013, p. 144).

Não obstante a relação de emprego esteja consubstanciada pela presença cumulativa de cinco elementos fático-jurídicos, o pressuposto da subordinação jurídica é considerando um dos mais importantes, vez que possui maior proeminência na conformação da relação empregatícia.

2.2.3 Subordinação jurídica

No estudo da relação de emprego, é conhecido que seus elementos caracterizadores são: a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade, a habitualidade e principalmente a relação de dependência.

Todavia, observa-se que na Consolidação das Leis do Trabalho, artigo Art. 3º, o vocábulo subordinação, não é invocado, mas tão somente o elemento dependência hierárquica, objeto que evoluiu da dependência técnica e econômica à subordinação jurídica.

Assim, há a compreensão de que a subordinação jurídica é um elemento integrante do conceito de relação de emprego, embora, o legislador não a tenha inserido no texto legal.

Ademais, no âmbito das relações entre o capital e trabalho, o poder somente pode ser estudado a partir do conceito de subordinação jurídica, sendo esta reconhecida como elemento intrínseco do contrato de trabalho.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p. 22) imprime o entendimento de que a subordinação jurídica compreende a sujeição do trabalho do obreiro à vontade do empregador, visto que na relação de emprego, este detém os poderes para dirigir, regulamentar, fiscalizar e a aplicar penalidades ao trabalhador. Afirma, ainda, que é por intermédio do exercício do poder empregatício que se concretiza a subordinação jurídica no contexto da relação de emprego.

Para a autora Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p.22) a relação de emprego é o vínculo socioeconômico que não se compreende sem a subordinação jurídica havida entre o empregado e o empregador, embora existam diversas espécies de prestação de trabalho que são caracterizadas sem o vínculo empregatício.

Compreende-se, portanto, que a subordinação jurídica é uma situação jurídica na qual o empregado permite que outrem utilize a sua força de trabalho para o desenvolvimento das atividades econômicas impostas pelo do empregador, que imbuído de poderes de direção sujeita o trabalhador à normatividade e aos objetivos do empreendimento.

A parte final do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho reconhece que o poder empregatício está pautado pela assunção dos riscos do empreendimento pelo empregador ou da alteridade.

Contudo, a subordinação possui algumas dimensões importantes: a subordinação clássica, a subordinação objetiva, a subordinação estrutural, a subordinação integrativa, a subordinação reticular e, ainda, a subordinação potencial.

A primeira delas é a subordinação jurídica (clássica), típica do modelo fordista de produção, representada pela uniformidade do ritmo do trabalho e pela padronização dos produtos. Consiste no controle intenso do tempo, do lugar e do modo de prestação laborativa do trabalhador, impulsionado pela força do exercício contínuo e direto do poder de direção do empregador.

Maurício Godinho Delgado (2012, p. 297) traz a concepção de que:

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador.

A proposta da subordinação objetiva parte da compreensão de que a subordinação jurídica está atrelada ao exercício do poder de direção sobre a atividade do trabalhador, contrapondo-se à visão clássica em que o poder diretivo é focado no subjetivo, no controle direto das atividades produtivas do trabalhador.

Já a subordinação integrativa, é uma proposta de Maurício Godinho Delgado (2012, p. 298), em que não é preponderante que o trabalhador esteja harmonizado (ou não) aos objetivos do empreendimento nem do recebimento direto de ordens do tomador de serviço, mas para ele, o fundamental é que o trabalhador esteja estruturalmente vinculado, atrelado à dinâmica laborativa do tomador de serviços.

Quanto à subordinação reticular, esta é uma nova forma de organização produtiva, e como o próprio nome sugere, é aquela, segundo Luciano Martinez (2012, p. 131), em cuja raiz se encontra a empresa-rede, ou seja, se irradia por meio de um processo de expansão e fragmentação.

Maurício Godinho Delgado, Ministro do TST, proferiu decisão pela 1ª Turma do TRT da 3ª Região, quando juiz, trazendo à subordinação em apenas três dimensões, restando, assim, caracterizada a relação empregatícia, veja-se:

EMENTA: SUBORDINAÇÃO JURÍDICA – DIMENSÕES PERTINENTES (CLÁSSICA, OBJETIVA E ESTRUTURAL) – A subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer dessas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (artigo 3º, caput, CLT), (MINAS GERAIS, 2006a). (PROC. – TRT - 3ª REGIÃO - RO 00173-2007-073-03-00-6, 1ª Turma, DJ agosto de 2007)

Todavia, para o doutrinador Luciano Martinez (2012, p. 129), a subordinação é evidenciada na medida em que o empregador define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado. Assim, haverá a interferência do tomador dos serviços tanto ao início quanto ao término das atividades objeto do contrato de trabalho, bem como o modo de operacionalizá-las. Nesse passo, o autor concluiu dizendo que a subordinação, no plano jurídico, é uma situação que limita a ampla autonomia de vontade do prestador dos serviços, sendo materializada, intensificada pelas ordens emitidas pelo empregador, sujeitando o empregado ao dever de obediência e respeito à hierarquia.

É certo que, na esteira de construção do conhecimento sobre a subordinação, o professor Danilo Gaspar (2011, p. 234-235), de forma mais ampliativa e contemporânea às demandas que se apresentam no âmbito laboral, entende que esta, na essência, não foi modificada, pois se encontra vinculada e atrelada ao poder diretivo do empregador, mas foi o poder diretivo que sofreu alterações em virtude do fenômeno da reestruturação produtiva. Imprimiu-se a ideia de subordinação potencial, como aquela que perpassa pela potencialidade do poder diretivo, podendo gravitar de um grau mínimo a um grau máximo, tendo em vista o seu exercício potencial.

A noção de subordinação potencial apresenta-se de forma originária e adequada ao tempo hodierno, pois prender-se ao conceito e matrizes da subordinação clássica, por exemplo, é negar a possibilidade de outras formas de subordinação jurídica. Ordens e comandos ecoados pelo tomador de serviços em face do empregado, não necessariamente, haverá os quesitos de proximidade, de controle e vigilância ostensiva a execução dos serviços dos obreiros.

Nesse contexto, invoca-se que a subordinação clássica encontra-se em descompasso com as novas formas de organização produtiva, como bem observado pelo legislador a atribuir à atividade prestada pelo teletrabalhador a legítima configuração da relação de emprego.

Adota-se, assim, o entendimento que em virtude de crescentes avanços tecnológicos que são postas à disposição da sociedade capitalista, concomitantemente, profissionais buscam incansavelmente o maior grau de especialização a fim de atender as demandas atuais. Todavia, nem sempre esse conhecimento técnico será acompanhado pelo empregador, que se vê obrigado a adaptar-se a um novo tipo de subordinação hierárquica, cujo poder diretivo acaba sendo mitigados, mas sem descaracterizar a relação de emprego existente.

No que tange os trabalhadores pouco especialistas nas demandas tecnológicas e científicas, a situação de novas formas de se compreender a subordinação jurídica também se reproduz. O olhar é pautado na ideia de que quanto menor o grau de conhecimento técnico e diminutas oportunidades de emprego, maior será a sujeição às ordens do empregador, seja ela direta ou à distância.

Em ambas as hipóteses, a relação de emprego será embasada pelo instituto da subordinação jurídica, percebida de forma consciente ou não, pelos obreiros, a subordinação está presente em todos os contratos de trabalho, de forma mais acentuada ou diluída, para os mais esclarecidos ou mais vulneráveis intelectualmente. O que importa é perceber que o elemento da dependência, na visão clássica, sempre estará presente, variando apenas em grau de intensidade, bem como os poderes empregatícios.

2.3 O PODER EMPREGATÍCIO

A palavra “poder” advém da ideia de faculdade, do direito em autorizar algo, no domínio, na possibilidade de deliberar, de agir e de mandar.

No âmbito empregatício, o poder emana da existência de uma relação jurídica laboral, consubstanciada em um contrato de emprego, conferindo ao empregador um conjunto de poderes e prerrogativas de relevância socioeconômica.

2.3.1 Espécies de poderes do empregador

Os poderes inerentes ao empregador em face do empregado constituem prerrogativas nas quais o detentor do capital imprime comandos, delibera atividades e funções laborais pertinentes à relação jurídica empregatícia, consubstanciada em um contrato de trabalho e no elemento da alteridade.

Elucida Maurício Godinho Delgado (2011, p.616), o conceito de poder empregatício:

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

Dessa forma, salienta-se que, tradicionalmente, o poder empregatício é subdividido em quatro categorias: poder de direção ou diretivo; poder de organização ou regulamentador; poder de controle ou fiscalização e poder disciplinar ou disciplinar.

O poder de direção é aquele que permite o empregador determinar as tarefas laborativas que os seus subordinados irão realizar, ou seja, a forma de execução, a determinação dos instrumentos que serão utilizados para a consecução da atividade almejada pelo patrão. É o poder de gerir e comandar o trabalho alheio.

No entanto, infere-se que os direcionamentos das atividades laborais deverão estar em consonância com o contrato de trabalho, instrumento formal que rege essa relação de emprego, quando houver um acordo expresso, ou pertinente ao pactuado tacitamente.

Conquanto, é sabido que, se houver um excesso, uma extrapolação do comando de direção, o acordo de trabalho, seja ele tácito ou expresso, deverá ser alterado, buscando a devida adequação a uma relação jurídica de emprego, pautada em princípios da boa-fé e da condição mais benéfica e favorável ao empregado.

Ora, deduz-se que nada justificaria a manutenção de um contrato de trabalho em que o empregado seja explorado, subjugado aos ditames do seu empregador. Pela relação de fragilidade, de hipossuficiência de trabalhador, a faculdade do empregador em poder direcionar, comandar as atividades laborais do seu empreendimento, não o torna detentor ilimitado de comandos e ordens. A

observância, ao previamente acordado, faz-se necessário para a manutenção de uma relação de emprego equilibrada e salutar.

Por outro lado, o poder regulamentar ou normativo, para Fernando Borges Vieira (2012, p. 85), consiste na ordenação das atividades que serão desenvolvidas pelos empregados no conjunto das atividades da produção, com o objetivo de alcançar os melhores resultados para a sociedade empresarial.

Nesse passo, é da essência do empregador estabelecer regras, buscar organizar, coordenar as atividades laborativas, em que serão desenvolvidas pelos trabalhadores, desde que não impliquem em prejuízos para os empregados, pois em um sistema de produção capitalista a tendência é a exploração máxima daqueles que vendem a sua força de trabalho em prol do aumento da mais valia.

Então, presume-se que as normas que regulamentam as atividades no âmbito laboral integram o contrato de trabalho. O entendimento extraído da construção doutrinária de José Cairo Júnior (2010, p. 217) enfatiza que as normas regulamentares incorporam o contrato de trabalho, construindo o regulamento empresarial, mas com a produção de efeitos apenas naquilo que for mais benéfico ao empregado.

Diante disso, Alice Monteiro de Barros (2008, p. 577) complementa o entendimento enfatizando que o poder regulamentar consiste na prerrogativa de determinar regras gerais relativas ao exercício da atividade laborativa e que devem ser observadas no ambiente de trabalho, a partir do estabelecimento pelo empregador de metas e de diretrizes empresariais. Assim, o poder regulamentar é aquele em que baliza o poder do empregador em determinar as regras, metas, diretrizes empresariais, mas em observância à legislação trabalhista.

Cumpra-se observar que o poder de controle consubstancia-se no direito de fiscalização, diz respeito à inspeção e o controle das atividades que os empregados desenvolvem no ambiente laborativo e o cumprimento das normas.

Já o poder disciplinar é aquele em que o empregador, imbuído das prerrogativas de ser o detentor dos meios de produção e dos riscos do negócio, poderá impor sanções de natureza trabalhista, punições disciplinares aos seus empregados, diante de práticas consideradas faltosas à luz das normas do Direito do Trabalho, podendo incidir até em rescisão contratual, tanto por parte do empregador, por justa

causa, como também por parte do empregado, nos moldes do artigo 483 da Consolidação das Leis de Trabalho:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Nesse contexto justralhista, cumpre-se assinalar que há de fato um poder disciplinar por parte do empregador nas relações justralhistas, mas, por outro, o empregado tem o direito de se insurgir contra aquele, se por ventura houver inobservância ao regramento trabalhista, buscando a devida indenização.

Com efeito, busca-se compreender, embora existam poderes empregatícios que facultam ao empregador a tomada de decisões, o direcionamento para a melhor execução do trabalho, bem como o poder de fiscalização, há, paralelamente, a proteção tanto principiológica quanto normativa dos trabalhadores, na perspectiva de limitar os poderes do patronato na relação jurídica laborativa.

Em razão do exposto, e em que pese se possa deduzir que toda relação entre seres humanos é uma relação de poder, não seria diferente nas relações de trabalho, embora não se deseje validar o entendimento de que o empregado, por conta de sua submissão socioeconômica, e em face do elemento de subordinação jurídica seja subjugado à condição de objeto ou coisa em suas relações empregatícias.

2.3.2 Prerrogativas, limites e o exercício abusivo do poder empregatício

O Código Civil de 2002 consagrou no artigo nº 187 a teoria do abuso de direito, no qual considera que o titular de um direito comete ato ilícito, se ao exercê-lo extrapola os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É visível que o abuso de direito é cláusula geral do Código Civil capaz de reunir importantes princípios éticos que devem pautar as relações jurídicas, mas principalmente as relações de emprego. Ademais, a cláusula geral civilista do abuso de direito tem consonância com o artigo 170 da Constituição Federal do Brasil (1988), pois prevê a possibilidade de uma intervenção no âmbito da liberdade contratual se for lesiva ao bem comum, e na seara trabalhista, ao empregado.

Por isso, constrói-se o raciocínio de que havendo uma relação de emprego, cristalizado por contrato de emprego, cujas cláusulas repute aos trabalhadores obrigações contrário ao princípio da boa-fé objetiva e principalmente aos Direitos de Personalidade, necessariamente, tal contrato, estará violando o princípio central da Carta Magna, o da Dignidade da Pessoa Humana.

Todavia, de forma omissiva ou comissiva, não é incomum o empregador, em inobservância aos direitos e deveres que perfazem as relações contratuais exceder em seus poderes empregatícios. Então, analisam-se quais são as prerrogativas inerentes ao empregador e quais são os limites a serem observados em face do empregado, para não incorrer em um ato ilícito.

Embora, o ato ilícito encontra obstáculo perante o artigo 9º da Consolidação das Leis do trabalho, cujo enunciado enfoca que serão declarados nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos das normas trabalhista.

Luciano Martinez (2013, p. 591) afirma que o contrato de trabalho produz independente de ajuste expresso, conjunto de deveres paralelos, cujo dever de um dos contratantes implicará na exigibilidade do dever da outra parte contratante, envolvendo de um lado a prestação do trabalho e do outro a outorga da execução do serviço contratado e a consequente prestação ajustada. Desse modo, a inexecução faltosa de uma das partes da relação de emprego implicará em uma dissolução do contrato de emprego de forma resolutiva.

Em face dessas razões, mesmo o empregador sendo possuidor de prerrogativas e detentor de poderes empregatícios, este encontra limites não apenas nos dispositivos das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, mas também em legislações extravagantes e, sobretudo, junto à Constituição Federal de 1988.

Destarte, o abuso de direito configurada na relação jurídica trabalhista, quando verificada excessos de exigências por parte do empregador em atividades alheias daquelas que foram objeto do contrato de trabalho, surgirá para o empregado à pretensão de requerer ou a suspensão da prestação dos serviços ou a dissolução do vínculo de emprego por justa causa patronal, que no exercício de suas prerrogativas empregatícias violou deveres contratuais e metacontratuais, como o princípio da boa-fé, na forma do artigo 483, d, § 1º da CLT:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

[...]

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

[...]

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

Sendo assim, infere-se que os poderes empregatícios do empregador encontrarão obstes normativos e principiológicos, cristalizados, respectivamente, dentre vários, pelo princípio da boa-fé, pelo exercício regular de um direito, pelos direitos de personalidade consagrados nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

3 O DIREITO À IMAGEM NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Com o advento de novas tecnologias, de acesso aos meios de comunicação digital, as pessoas se tornaram mais vulneráveis a terem a sua imagem ameaçada, tornou-se objeto de exploração. Todavia, tal desrespeito alcança também o âmbito laborativo.

Assim, faz-se, veemente, a necessidade de se compreender a tutela concedida ao direito de imagem dos empregados, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos de Personalidade.

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO, CONCEITO E ESPÉCIES DO DIREITO À IMAGEM

É sabido que o reconhecimento à imagem da pessoa humana possui importância ressaltada desde as escrituras sagradas, quando o homem foi igualado à imagem e a semelhança de Deus.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 186) ilustram o célebre caso do orador grego Hipérides que conseguiu obter a absolvição da cortesã Frinéia sem utilizar de nenhuma palavra em sua defesa, apenas apresentando aos julgadores a imagem dela nua, conseguindo, assim, convencê-los de sua inocência.

Faz-se *mister* ressaltar que, em tempos pretéritos, a imagem era apresentada por pintura e fotografia. Todavia, segundo Luiz Alberto David Araujo (2013, p. 20) a imagem passou a adquirir mais importância com o desenvolvimento tecnológico do século XX. A manifestação da imagem extrapolou os muros da pintura e da fotografia e avançou para a manifestação da intimidade, seja da honra ou da própria fisionomia.

Para a Enciclopédia Saraiva de Direito (1977, v.42) imagem significa:

palavra derivada de forma latina, imago, significa: reprodução artística de pessoa, coisa ou ser que são objeto de culto ou veneração, obtida por diferentes processos em pintura, escultura, desenho, fotografia, televisão, etc.

Outrossim, sob a proteção da Constituição Federal de 1988, a imagem subdividiu-se em três espécies: imagem-retrato, a imagem-atributo e a imagem-voz.

Assim, o conceito de imagem-retrato era pautado no aspecto físico do sujeito, no corpo. Todavia, esse conceito de imagem focado apenas no aspecto visual, fisionômico foi modificado para atender ao novo contexto histórico e socioeconômico, ou seja, posteriormente, agregou-se a imagem um conceito social, pautado na exteriorização da personalidade do indivíduo, elevado à proteção jurídica.

Na concepção de Mônica Aguiar Castro (2002, p. 18-23) a imagem-atributo seria o conjunto de características pelas quais o indivíduo é reconhecido, ou seja, através das quais sua personalidade é apreendida pela coletividade, no sentido do conceito social de que desfruta. Dessa forma, a autora, enfoca que a imagem-atributo vai além da forma como a personalidade é apreendida por um sujeito receptor, senão como é ela recebida por parte da coletividade.

Sendo assim, a imagem-atributo está intimamente ligada à ideia de reconhecimento do ser pelos membros da sociedade. É a identificação social de uma pessoa perante uma coletividade, em suas diversas relações sociais, sejam familiares, profissionais e outras.

Para Mônica Aguiar Castro (2002, p. 18-23) conclui ao dizer que:

No âmbito do direito à própria imagem (retrato) esta se estende àqueles modos de captação, fixação, reprodução e difusão que se ajustam às características da imagem, nas quais a representação da figura humana não requer uma mediação intelectual. Enquanto que a imagem-atributo engloba além do indivíduo, a pessoa coletiva.

Considera-se, portanto que a imagem-atributo é consequência da vida do homem em sociedade. De tal sorte, a tutela normativa não lhe é exclusiva, tendo em vista que as pessoas jurídicas também são alcançadas com medidas protetivas na proteção dos seus atributos que a particularizam socialmente.

O direito à voz está previsto no artigo 5º, XXVIII, a, da CF/1988 e no art. 20 do Código Civil Brasileiro, vez que o legislador infraconstitucional entende, assim como a imagem, na medida em que a voz consiste em elemento identificador da pessoa.

A imagem-voz, na percepção de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 187) caracterizam-se pelo timbre sonoro, como forma de se identificar uma

pessoa, tendo como exemplo a transmissão esportiva. O direito à voz perpassa pelo som que as pessoas emitem, que de forma singular, são reconhecidas pela forma, tonalidade e técnica que a reproduz.

Ressalta-se que a inclusão da voz no conteúdo do direito à imagem é feita com fundamento no fato dela ser um elemento de identificação e fator do próprio indivíduo na sua singularidade. (CASTRO, 2002, p.30).

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2009, p. 575) salienta que a tutela jurídica da voz possui o mesmo juízo já atribuído à imagem, pois são elementos identificadores da pessoa, por constituir a imagem sonora do sujeito. Com relação a violação do direito voz, poderá ocorrer através de seu uso não autorizado para fins comerciais e publicitários ou sua inserção em contexto falso, nos casos de imitação com o objetivo de imputar falsamente a certo som a identidade da voz de outrem, desprovido do *animus jocandi*.

Percebe-se a proteção infraconstitucional do direito (voz) na Lei de Direitos Autorais nº 9.610/98, art. 90, § 2º, no capítulo que trata dos direitos dos artistas intérpretes e executantes quando associadas às suas funções.

Destarte, o direito à própria imagem não se restringe apenas para a representação da fisionomia do sujeito, mas aponta para critérios de individualidade, identidade e reconhecimento da pessoa humana em sociedade.

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE HUMANA E A IMAGEM DO TRABALHADOR

Os direitos de personalidade fez-se presente, juridicamente, de forma mais veemente, a partir da Segunda Guerra Mundial e a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja vida humana fora objeto de descaso e aviltamento.

São direitos que tem por objetivo tutelar juridicamente, de forma plena e eficaz, à pessoa humana, em seus diversos aspectos biopsicológicos: a proteção a sua integridade física, a intelectual e a moral ou psíquica.

Para San Tiago Dantas (2001, p. 152) registrou que a expressão “direitos de personalidade” não tem relação exclusiva com a noção de personalidade jurídica

enquanto capacidade de ter direitos e obrigações. O autor salienta que direitos de personalidade correspondem ao conjunto de atributos humanos, como a honra, a vida, a integridade corpórea, a liberdade.

Nesse passo, Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli (p. 18, 2012) enfatiza a existência de um direito geral de personalidade, que é composto por subdireitos direitos de personalidade, que representam as emanções do ser humano como a liberdade, a honra, a imagem, a privacidade, o nome e o corpo. A autora, de orientação naturalista, reconhece que os direitos de personalidade são direitos inatos, pois existem antes e independentemente do reconhecimento do Estado, por serem direitos inerentes ao próprio homem, considerando em si e em suas manifestações.

Identifica-se que o Código Civil Brasileiro de 2002 inaugurou um capítulo especial sobre o tema, (Capítulo II, Livro I, da Parte Geral), no qual adotou a terminologia “Direitos de Personalidade”, vez que a doutrina pátria pode se referir como Direitos Essenciais ou Fundamentais da Pessoa, Direitos da Própria Pessoa, Direitos da Individualidade, Direitos Privados de Personalidade e outros.

Na visão da doutrinadora Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p.21) os direitos de personalidade são próprios do ser humano, protegendo-se o que é próprio da pessoa, como à vida, o direito à privacidade, o direito ao nome, o direito à imagem, dentre outros. Por consequência, a tutela à integridade intelectual ou psíquica corresponde, por exemplo, ao direito à privacidade, ao nome, à imagem e outros direitos.

Assim, o ser humano para viver com dignidade pressupõe que as diversas expressões dos direitos de personalidade sejam efetivamente garantidas e protegidas pelo Estado, que por sua vez, a Constituição Federal de 1988, no art. 1º, III, prevê que o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico.

Nesse sentido, Roxana, Cardoso Brasileiro Borges (2005. p. 15) afirma que o sentido de dignidade enquanto princípio básico do ordenamento jurídico está vinculado à noção de respeito à essência da pessoa humana, respeitando às características, sentimentos e distinção da pessoa humana em relação aos outros seres. Origina-se do simples fato se ser caracterizado como humano, não

dependendo do Estado, pois o pressuposto da dignidade é a qualidade de humano e não o nascimento com vida.

Nessa direção, Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p.73) compreende que a ideia de proteção aos direitos da personalidade do ser humano representa algo inerente à sua natureza, e, cujos direitos fundamentais, são imprescindíveis ao amplo desenvolvimento para a preservação dos seus aspectos físico, psíquico, moral e intelectual, sendo que a violação a quaisquer direitos da personalidade do trabalhador, estar-se-á violando a sua dignidade.

Sendo assim, os direitos de personalidade, à luz da concepção jusnaturalista, decorrem da mera condição humana, independente de previsão normativa. Eles são direitos naturais e inerentes à própria existência dos seres humanos, desde a sua concepção até o seu perecimento, incluindo a proteção *post mortem*, conforme apregoa o Código Civil de 2002, art. 12, parágrafo único quando traz que se pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, podendo os legitimados, em se tratando de morto, reclamar perdas e danos.

O objetivo primordial dos direitos de personalidade é tutelar os atributos da personalidade e da dignidade da pessoa humana em todos os aspectos: físico, psíquico, moral e intelectual, que a partir de uma análise principiológica, alcançaria também a classe dos trabalhadores e suas relações de emprego, os quais necessitam da proteção do Estado.

Segundo Roxana Borges (2005, p. 122) a doutrina relata que, historicamente, os direitos humanos voltam-se para a tutela, a proteção das pessoas contra o estado, enquanto os direitos da personalidade protegem as pessoas na relações que elas mantêm com os seus pares, ou seja, com os outros indivíduos particulares. A autora salienta a importância de se valorizar a possibilidade e a presença da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade, reconhecendo, concomitantemente, tanto os aspectos negativos quanto os positivos.

O fato dos direitos de personalidade serem reconhecidos pela Carta Magna de 1988, na visão de Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p.83) tais direitos apresentam-se como princípios do trabalho pela proteção constitucional conferida. Por outro lado, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê no artigo 373-A, VI, introduzido pela Lei n. 9.799/99 norma sobre direitos de personalidade, quando veda expressamente a

revista íntima nas empregadas, bem como nos artigos 29, 482 e 483 da norma trabalhista.

A representação da figura humana é considerada um direito de personalidade uma vez que são inúmeras formas dela se manifestar, desde a pintura, a escultura, a fotografia até a veiculação da imagem do homem na televisão, internet e outros sistemas de comunicação.

Certo é que, não raras vezes, na seara laboral, a imagem dos empregados vem sendo utilizada como forma de realizar a publicidade e, por conseguinte, a comercialização de produtos e mercadorias.

O conceito de publicidade é acertado por João Batista de Almeida (2009, p. 116) como a forma de veiculação da oferta, cuja atividade é destinada a estimular o consumo de bens e serviços. Porém, seguindo-se a literatura, no tocante ao tema, no qual não há consenso com relação ao conceito de propaganda e de publicidade, estes serão invocados como sinônimos.

Assim, com base nesta constatação, trabalhadores são submetidos ao uso de fardamento com marcas de produtos, cujo objetivo maior é a venda e o aumento da lucratividade de seu empregador.

Todavia, em que pese a CLT não tenha tratado de forma sistematizada os direitos de personalidade no âmbito laboral, ou seja, não haja um capítulo específico que assegure a proteção aos direitos de personalidade, aplicar-se-á de forma subsidiária o Código Civil (artigos 11 a 21) e a legislação infraconstitucional.

No tocante a matéria, por exemplo, tem-se o artigo primeiro da Lei n. 9.029/95 que proíbe a práticas discriminatórias tanto para o acesso à relação de emprego quanto a sua manutenção por motivos diversos.

A esse respeito, Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p. 91), enfatiza que tal lacuna, na Consolidação das Leis do Trabalho, quanto aos direitos de personalidade do trabalhador não enfraquece a proteção efetiva a integridade física, psíquica, moral e intelectual no âmbito laborativo.

À luz de Maria Cecília Affornalli (p. 37, 2012) o direito à imagem é composto de conteúdo dúplice: moral e material. Para a autora, o conteúdo moral se evidencia quando da proteção do interesse da pessoa que deseja impedir a divulgação de sua

imagem e o elemento material dá ao titular do direito a possibilidade de exploração econômica da sua própria imagem.

Sendo assim, a violação a quaisquer direitos de personalidade, inclusive o direito à imagem, implica a violação de sua dignidade. No plano da relação de emprego, a dignidade da pessoa trabalhadora também estará sendo violada na medida em que as qualidades e atributos essenciais do trabalhador restarão violados.

Em recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho, sendo o Relator: Mauricio Godinho Delgado invocou, em proteção ao direito à imagem do empregado, o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, cuja falta de autorização ensejou a condenação do empregador ao pagamento de indenização, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DIREITO À IMAGEM: DIREITO DA PERSONALIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DO OBREIRO EM MATERIAL DE PROPAGANDA DA RECLAMADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO EMPREGADO. USO INDEVIDO DE IMAGEM. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a constatação de violação, em tese, do art. 5º, X, da CF. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. 1. DURAÇÃO DO TRABALHO. HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS REGISTROS DE HORÁRIO. 2. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. 3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS . ASSÉDIO MORAL. Não demonstrados quaisquer dos pressupostos do art. 896 da CLT, consoante os fundamentos expostos pelo primeiro juízo de admissibilidade da revista, que se adotam como razões de decidir para deixar de conhecer do apelo. Recurso de revista não conhecido quanto aos temas. 4. DIREITO À IMAGEM: DIREITO DA PERSONALIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DO OBREIRO EM MATERIAL DE PROPAGANDA DA RECLAMADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO EMPREGADO. USO INDEVIDO DE IMAGEM. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. Trata-se o direito à imagem de um direito da personalidade que goza de proteção constitucional (art. 5º, V e X, da CF), em virtude do próprio respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). O conceito de imagem traduz a ideia de projeção da pessoa em seus relacionamentos próximos e na comunidade mais ampla. A Constituição tutela a imagem da pessoa, situando-a dentro do patrimônio moral do indivíduo (a imagem, como se sabe, situa-se também dentro do patrimônio imaterial das pessoas jurídicas, porém não a honra, a intimidade, a vida privada e outros bens e valores estritamente atávicos à pessoa humana). A imagem da pessoa humana trabalhadora pode ser violada de duas maneiras: de um lado, por meio da agressão ao próprio patrimônio moral do ser humano, de modo a lhe atingir também a imagem, sua projeção em relacionamentos próximos e no cenário da comunidade (é o que ocorreria, por exemplo, com injusta e despropositada acusação de ato ilícito feita pelo empregador a seu empregado); de outro lado, por meio da utilização não autorizada ou não retribuída da imagem do indivíduo . É o que prevê o art. 20 do CCB/2002, que estipula indenização pelo uso irregular da imagem. No caso dos autos , conforme se infere do acórdão proferido pelo Tribunal Regional, restou comprovada a utilização da imagem do Obreiro, sem autorização, para fins

de propaganda em folder comercial da Reclamada. Plenamente devida, portanto, a condenação da Reclamada ao pagamento de indenização pelo uso indevido da imagem do Reclamante para fins comerciais, sem sua autorização, o que acarreta, por si só, a obrigação de reparação, conforme art. 20 do CCB/2002 e Súmula 403/STJ . Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto. (TST - RR: 1586-23.2010.5.04.0281, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 12/06/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/06/2013).

Então, pode-se dizer que os Direitos de Personalidade visam à proteção do homem enquanto pessoa humana, em suas diversas relações sociais e econômicas, mas também à proteção as relações de emprego.

Em vista disso, se a imagem do trabalhador for usurpada pelo empregador para utilizá-la para a propaganda e, conseqüente, comercialização de seus produtos, haverá a transformação desse direito em coisa, em desrespeito aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, salvo se houver prévia autorização conjugado com a adequada indenização pecuniária, tendo em vista a possibilidade de mitigar o caráter indisponível do Direito Fundamental da Imagem dos sujeitos.

3.3 “OUTDOOR HUMANO” E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Carta Magna de 1988, art. 1º, III, reconheceu o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental e balizador de todo o sistema jurídico brasileiro. As normas jurídicas visam garantir, ao ser humano, direitos fundamentais a fim de promover-lhe uma vida com dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 60) estabelece que dignidade da pessoa humana é:

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, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres.

Por sua vez, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 124) ratificam a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são elaboradas para concretizar o mínimo de direitos fundamentais vocacionados a promover ao ser humano a sua realização existencial.

Nessa senda, percebe-se que não basta reconhecer o direito à vida, mas uma vida digna, pautada no respeito à integridade física e psíquica das pessoas, bem com nas relações laborativas.

Nas palavras de Roxana Borges (2005, p. 15) o valor da dignidade humana torna-se, de forma explícita, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo, assim, ser considerado somente o caráter axiológico. Compreende, ainda, que embora os valores decorram do ordenamento jurídico, quando um desses valores é juridicizado e transformado em princípios, sua força vinculante é maior. Por consequência, sua carga axiológica passa a ter caráter obrigatório, constituindo-se em norma, adquirindo o caráter deontológico e, por estar no ordenamento jurídico, como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas.

A expressão “outdoor humano” remete ao uso da imagem do empregado para veicular propaganda de produtos, objetivando o aumento da lucratividade da empresa e de terceiros, sem a devida autorização. Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que há uma afronta aos Direitos de Personalidade e desrespeito os valores humanizados do sistema jurídico pátrio?

Acredita-se na resposta positiva quando empregados são transformados em objeto de degradação no âmbito de trabalho, isto é, quando impositivamente o seu corpo, ou melhor, a sua imagem, é utilizada para potencializar o faturamento dos detentores do capital.

A legislação trabalhista prevê, na primeira parte do artigo 444, que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas, todavia, há a ressalva e a observância às disposições de proteção ao trabalho.

Assim, há previsão legal e principiológica que no contrato de emprego o objeto de trabalho a ser definido pelas partes da relação jurídica deve-se se pautar deveres e obrigações recíprocos da lealdade, do respeito e dos princípios do Direito do Trabalho e do princípio da boa-fé.

Na visão de Luciano Martinez (2013, p. 117), o princípio da boa-fé, tornar-se visível por meio de comportamentos reveladores de uma crença positiva e de uma situação de ignorância ou de ausência de intenção malévola. Inferindo-se, portanto, que o

princípio da boa-fé deve pautar as relações de emprego na fase pré-contratual, no cumprimento do contrato de trabalho até a fase pré-contratual.

No pensar de Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p. 113) pode-se falar em proteção aos direitos de personalidade do trabalhador desde fase pré-contratual, antes da formação do vínculo empregatício, na fase do cumprimento do contrato de emprego até a fase pós-contratual, consubstanciadas, as respectivas fases, pelo princípio da boa-fé objetiva.

Nessa linha, menciona-se a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, 5ª Região, cuja ementa registra:

PETROBRAS. REAJUSTE SALARIAL FIXADO EM CONVENÇÃO COLETIVA CONCEDIDO SOB A FORMA DE ELEVAÇÃO GERAL DE NÍVEL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA VIGENTE NO DIREITO CONTRATUAL. DIREITO DOS APOSENTADOS AO MESMO ÍNDICE. Ainda que se reconheça a legitimidade dos sindicatos em estabelecer normas e condições de trabalho por meio de convenções coletivas, no que possuem plena autonomia, não se há de afastar o direito dos aposentados ao reajustamento da suplementação do benefício decorrente do mesmo percentual, diante do fato de haver sido parte dele concedido sob a forma de elevação geral de nível, o que constitui, em última análise, aumento geral de salários, mesmo porque não foram eles excluídos expressamente pela cláusula" (PROC.-TRT-5ª REGIÃO-RO-00209-2006-020-05-00-4, 2ª Turma, DJ 20/03/2007).

É justamente dentro desse contexto que a legislação infraconstitucional prediz no Código Civil (2002), artigo 422, que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Assevera-se, inclusive, que em matérias de contratos, a boa-fé contida no artigo civilista nº 422 é uma cláusula geral e o princípio da boa-fé com esta não se confunde, por não possuir vagueza semântica.

Para Thiago Borges (2009, p.143) a boa-fé objetiva assume um caráter:

hermenêutico-integrativo dos contratos, além de buscar a composição da vontade real das partes no momento da formação do negócio, também atua na integração das lacunas surgidas no decurso da relação contratual em razão de fatos não previstos pelos contratantes ou imprevisíveis à época da concretização do contrato.

Dessa forma, o princípio da boa-fé é considerado um tanto um dever acessório para a constituição de um contrato de trabalho, porquanto, imprescindível e relevante a ponto de influenciar a sua celebração e em seu transcurso, já que os contratos de trabalho são passíveis de ajustes, mas desde que haja consenso recíproco.

Na fase pré-contratual, o princípio da boa-fé objetiva, impõe comportamento de sinceridade, confiança, lealdade. Ou seja, são deveres jurídicos que mesmo que ainda não exista um contrato de emprego, há, de certa maneira, negociações preliminares, ajustes que vinculam os potenciais contratantes. Destacam-se os seguintes deveres: de informação, da proteção, da lealdade, do sigilo e da não discriminação.

O dever de informação pressupõe nas relações de emprego, que o empregador tem a obrigação de comunicar e prestar os devidos esclarecimentos, ao pretense candidato ao emprego, desde o desenvolvimento do trabalho até a “necessidade” do empregador utilizar da imagem do trabalhador como meio de realizar a propaganda de mercadorias comercializadas em seu estabelecimento empresarial.

De igual forma, o potencial candidato ao emprego, imbuído do princípio de boa-fé objetiva, deverá comportar-se de igual maneira, sendo honesto em demonstrar as suas intenções quanto à possibilidade de aceitação ou recusa do uso de sua imagem. Nas tratativas preliminares, devem-se discutir cláusulas contratuais pertinentes aos quesitos: a utilização da imagem do empregado no ambiente laboral, juntamente com os itens de autorização e remuneração.

Porém, não raras vezes, o trabalhador, ao celebrar um contrato de emprego, não se vê em condições de externar as suas expectativas, aceitações e recusas. Não lhe sendo permitido verbalizar se aceita ou não tais condições. Ora, diante da escassez de postos de trabalho, submete-se a relações de empregos que rechaçam direitos constitucionalmente adquiridos. Abdicam de aspectos de sua personalidade, em busca do acesso e da manutenção de um contrato de emprego.

De tal sorte, o dever de proteção, implícito, ao princípio da boa-fé objetiva, torna-se mitigada. Sendo uma obrigação, também, na fase pré-contratual, o empregador deve-se se furtar a adotar práticas abusivas na relação laboral, pois está o empregado no polo mais vulnerável da relação laboral, na medida em que detém apenas de sua força de trabalho para oferecer em troca do atendimento de suas necessidades vitais.

Já o empregador, encontra-se em condições econômicas privilegiadas, por ser o detentor do capital e dos meios de produção, encontra-se, portanto, com o poder de

escolha diante de um número agigantado de trabalhadores em busca de sua empregabilidade.

Nesse contexto, assinala, com sabedoria, Maurício Godinho Delgado (2005, p. 105):

A liberdade na relação de emprego é sabidamente limitada. Ultrapassada a manifestação de vontade em aderir ao contrato empregatício, o trabalhador tem restringida, substantivamente, a margem de atuação de sua vontade ao longo do vínculo de emprego. Ao ingressar no emprego adere a um conjunto de cláusulas previamente estabelecidas, consubstanciadas de típico contrato de adesão. É verdade que este contrato de adesão emerge, hoje, não somente a partir da exclusiva vontade empresarial, mas também do universo de normas justralhistas obrigatórias que incidem sobre o conteúdo do contrato. Essa última circunstância inquestionavelmente confere clara atenuação à preponderância da vontade empresarial no âmbito da pactuação empregatícia, embora não seja hábil eliminar, por certo, essa preponderância.

É sabido que na etapa de cumprimento do contrato de trabalho, tanto o empregado quanto o empregador, ambos, deverão agir com base no princípio da boa-fé, pautadas na ideia de cooperação e lealdade. Então, a fase contratual impõe a necessidade de agir, não somente, em conformidade com o estipulado no contrato de emprego, mas também em observância aos ditames dos Direitos de Personalidade.

Todavia, se o empregador impuser o exercício de obrigações diversas ao estabelecido no contrato de emprego, como a exploração da imagem do empregado para fins comerciais, extrapolando os deveres fixados contratualmente, na relação de emprego, é lícito à rescisão deste vínculo empregatício, com fundamentos de ordem principiológica, constitucional e infraconstitucional, conforme art. 483 da CLT, quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato, dentre outras hipóteses.

Então, ressalta-se que o empregador não poderá alterar, de forma voluntária e unilateral, as condições de trabalho, anteriormente, pactuadas em contrato de trabalho, para exigir dos seus subordinados o uso de uniformes com marcas de produtos de seus fornecedores sem que estes possam exercer o seu direito de autorizar ou não tal exercício em que pese exista o princípio do *jus variandi*.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2009, p.927-928) o *jus variandi* é um princípio que não protege o trabalhador, e, ainda, contraria o princípio legal da imodificabilidade das condições de trabalho, que em situações excepcionais, poderá alterar por imposição e unilateralmente as condições de trabalho.

Em que pese, haja o dever de obediência e o estado de subordinação, do empregado em face do empregador, que ao assumir os riscos da atividade econômica e possuir poderes empregatícios de ordenar, controlar, dirigir e organizar o ambiente e o exercício laboral, não lhe confere poderes ilimitados.

Um dos limitadores desse poder é o contrato de emprego pactuado previamente, na medida em que, caso não haja a liberação do uso da imagem do empregado pelo empregador, obediência alguma restará a ser cumprida por parte daquele.

À luz da dignidade da pessoa humana, na fase pós-contratual podem advir situações que transgridam o princípio da proteção aos direitos de personalidade do trabalhador, e, por conseguinte, a imagem do ex-empregado.

Na visão de Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p. 413) são: as anotações desabonadoras do trabalhador na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, comunicação de abandono de emprego em órgão de imprensa; divulgação de fatos e informações desabonadoras e inverídicas ou verídicas sobre o ex-empregado, bem como a elaboração de listas sujas.

Portanto, é dever do empregador respeitar a decisão do empregado em autorizar ou não o uso de sua imagem, como também ser ressarcido materialmente, em caso de concessão para o uso de sua imagem, no sentido de evitar o locupletamento ilícito do empregador e a transformação de sujeito trabalhador em “outdoor humano”, em afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3.4 (IN) DISPONIBILIDADE AO DIREITO DE IMAGEM

As transformações sociais advindas dos novos meios de produção e pela inserção de novas tecnologias, faz-se imprescindível à observância a toda e qualquer forma de tutela às relações de emprego, para a construção de um ambiente laboral mais salutar e digno ao trabalhador.

É preponderante ressaltar que devido os avanços tecnológicos e científicos, a personalidade passa a sofrer novas ameaças as quais deverão ser rechaçadas, na medida em que os direitos de personalidade ultrapassam as fronteiras da Constituição e da legislação ordinária.

Os direitos de personalidade, gênero do qual o direito à imagem é espécie, são direitos considerados absolutos ou oponíveis erga omnes, impondo à coletividade um dever de respeito e de abstenção.

As características dos direitos de personalidade estão elencadas no artigo 11 do Código Civil: são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo as exceções previstas em lei.

Roxana Borges (2010, p. 241) interpreta o art. 11 do Código Civil da seguinte forma:

No Código Civil de 2002, o capítulo dos direitos de personalidade inicia com um artigo que, dentre as várias características apontadas pela doutrina, atribui apenas duas características aos direitos de personalidade: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, proibindo o legislador que os direitos de personalidade sofram, até mesmo, limitações voluntárias. [...] Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como a intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – e até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia.

No entanto, ainda, à luz de Roxana Borges (2005, p. 119) as expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, mas de maneira limitada quanto à duração da cessão e à finalidade da utilização. Afirma, contudo, certa disponibilidade em alguns direitos de personalidade, ou seja, no exercício de alguns direitos, poderá haver a mitigação, a flexibilização, a limitação voluntária, vez que a autorização para o uso de certos aspectos desses direitos por terceiros não descaracteriza o direito enquanto direito de personalidade, desde que se observem os limites impostos. Nessa oportunidade, assevera, ainda, que se o uso da imagem exceder os limites do negócio jurídico, haverá violação do direito de imagem.

A disponibilidade relativa dos direitos de personalidade reside na possibilidade de cessão de uso de alguns desses direitos, ou de licença ou permissão, na medida em que, de acordo com o negócio, a cessão de uso pode ser, inclusive, onerosa. (BORGES 2005, p. 120).

Os direitos de personalidade, apresentar o aspecto da imprescritibilidade que deságua na ideia de que a não utilização desse direito, pela pessoa humana, este não sofrerá prejuízo, não perecerá.

Dessa forma, infere-se que o exercício dos direitos de personalidade do cidadão trabalhador será imprescritível, não sendo alcançados pelos institutos da prescrição

e da decadência. Entretanto, as reclamações trabalhistas ajuizadas em virtude das infrações desses direitos serão atingidas pela prescrição quando se tratar de reparações pecuniárias.

Os direitos de personalidade, sendo de conteúdo extrapatrimonial, apresenta-se como direito impossível de se negociar ou transferir de seu titular para outrem, por serem considerados objetos fora do comércio.

Embora, o Código Civil de 2002 reforce a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, traz ressalvas tanto no Art. 11 que com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, quanto no artigo 20, abaixo transcrito:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Roxana Borges (2009, p. 574) explica a ressalva do art. 20 enfocando que, em determinadas situações, será prescindida de autorização a exposição de pessoas que exercem funções políticas, cuja notoriedade permite tal exposição, bem como circunstâncias em que a imagem for captura em lugares públicos, desde que a pessoa retratada não esteja destacada e não constitua como objeto principal.

Todavia, o direito à imagem, uma das espécies dos direitos de personalidade, em que pese seja juridicamente impossível a sua renúncia ou a sua transmissão fisicamente, é possível assegurar que o caráter da indisponibilidade é flexibilizado, por não ser um critério absoluto.

Por isso que Carlos Alberto Bittar (2003, p.12) corrobora com o entendimento de que o critério da indisponibilidade dos direitos de personalidade não é absoluto, pois em determinados momentos faz-se necessária a sua disponibilidade.

No tocante ao direito à imagem, o autor, Carlos Alberto Bittar (2003, p.12), enfatiza, ainda, que a exploração das imagens de pessoas com notoriedade na mídia objetivando a promoção de empresas e de produtos comerciais é lícita desde que

mediante remuneração convencional e em observância aos limites impressos pelo titular da imagem, mas também em situações de interesse social e altruística.

No estudo da disponibilidade relativa dos direitos de personalidade e da possibilidade de exercício positivo de tais direitos, Roxana Borges (2005, p.46) faz a distinção entre autonomia jurídica individual e autonomia privada, a saber:

Em sentido amplo, autonomia jurídica individual coincide como conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar licitamente. A licitude da conduta, nesse aspecto, na ausência de sua proibição. O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. [...] Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas.

Os atos de autonomia privada estão relacionados com os direitos da personalidade, como ocorre nas hipóteses de doação de sangue, doação de órgãos, cessão de uso de imagem e de nome, cessão de direitos sobre a privacidade e a intimidade, dentre outros. (BORGES 2005, 50).

Entretanto, a autonomia privada encontra-se limites legais, vez que para adquirir validade de um negócio jurídico, a conduta deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, e, principalmente, com relação aos negócios de conteúdo não patrimonial, vez que se depara com o limite principiológico da dignidade da pessoa humana.

Assim, à luz do direito a uma vida digna, não é permitida a renúncia aos direitos de personalidade. Contudo, o tratamento não é igual para o seu exercício, uma vez que é lícita a utilização de sua própria imagem em campanhas publicitárias.

Considerando-se que o direito à imagem é considerado relativamente disponível, por via contratual, mediante cessão para a sua utilização, nos termos ajustados, acredita-se que será juridicamente permitida a utilização da própria imagem, mas por tempo determinado, por não ser admitido a renúncia ao direito de imagem, sob pena de nulidade da relação contratual.

Com relação a Teoria das Nulidades, José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 231) ressalta que não existe no Direito material do Trabalho uma sistematização de tratamento dos defeitos capazes de eivar o ato ou negócio jurídico com vistas a sua invalidação mediante a declaração da nulidade, ou seja, de uma Teoria da Nulidade, nas quais, tais normas serão importadas, supletivamente, do Direito Material Comum

para a adaptação ao Direito Individual do Trabalho, tendo em vista os princípios trabalhistas.

A doutrina de José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 238) declara que com relação à declaração da nulidade relativa, não haverá problema em tal adaptação, mas no que tange a nulidade absoluta repousarão algumas dificuldades, pois com fundamentos no princípio da proteção do deficiente econômico, o empregador será favorecido em detrimento do empregado, na medida em que se torna impossível a declaração retroativa.

Nos dizeres de José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 238) percebe-se a dificuldade de adaptação da Teoria da Nulidade Absoluta do Direito Civil para a seara do Direito do Trabalho:

Ora, ao empregado será de todo impossível receber de volta a prestação entregue, que é sua força pessoal de trabalho. Nesse caso, a teoria da nulidade, na sua sanção mais característica, em se tratando de nulidade absoluta, seria decididamente prejudicial ao trabalhador, favorecendo, pelo contrário ao empregador com um enriquecimento sem causa, ou mesmo ilícito num desafio a todos os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Tenha-se presente que para Arnaldo Sussekind (2010, p.256), em regra, a declaração de nulidade possui efeito retroativo, mas nas relações de trabalho, salvo no que tange à incapacidade jurídica dos contratantes e à ilicitude de seu objeto, o contrato de emprego deve sobreviver, desde que possível, cuja cláusula nula deverá ser substituída.

Embora, o art. 9º da CLT considere nulo de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das normas nela contidas, à luz de Arnaldo Sussekind (2010, p.257), a nulidade, ainda que plena, de um ato jurídico, sempre que possível, não deve extinguir a relação empregatícia.

Apesar de o exercício do direito à imagem ser considerado disponível, por possuir reflexos econômicos, o seu titular poderá dela dispor, mas não poderá haver o abuso do direito, violação à boa fé objetiva e, por conseguinte, ofensa à dignidade da pessoa humana.

Assim, percebe-se a relatividade da disponibilidade do direito da imagem, desde que seja em prol do interesse social. Observa-se, por exemplo, a situações em que não se pode recusar que a foto da pessoa seja afixada em documento de identidade.

De tal modo, acrescenta-se a indagação de que se é possível explorar a imagem de pessoas famosas, mediante indenização, deduz-se que, igualmente, não haveria algum impedimento se o empregado resolvesse autorizar também a exploração de sua imagem para realizar a publicidade de mercadorias, vez que a flexibilização desse direito personalíssimo não recai apenas para as pessoas famosas.

Nesse passo, considerando que a imagem representa um atributo inerente a todo ser humano, não seria diferente, nas relações de emprego. O empregador terá o dever de zelar e cuidar da imagem dos seus subordinados, e o maior zelo seria explicitar no contrato de emprego a utilização de sua imagem para fins comerciais.

O exercício da imagem de qualquer pessoa, dentre elas, a dos empregados, deverá ser, primeiramente, autorizada pelo seu titular, convencionada em contrato de emprego que, expressamente, preveja a possibilidade do uso dessa imagem, a forma de utilização, o tempo com respectiva remuneração compatível, pois em contrário, haverá direito a indenização.

Neste aspecto, cumpre-se registrar as seguintes ementas:

DANO MORAL. UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A utilização da imagem do empregado pelo empregador não pode ser submetida como decorrente do contrato de trabalho, que não produz efeitos tão amplos, sob pena de gerar locupletamento ilícito; o uso da imagem pode ser ajustado, mas não deflui originalmente do contrato laboral, de maneira que é frágil falar-se, na hipótese, de anuência presumida. Indenização devida. (TRT 15ª – RO 1359/2002.066.25.00.4. Relator: Ministro Francisco Alberto da Mota P. Giordani, 3ª Turma, DEJT, Pub. 20/04/2006).

É preciso insistir na afirmação de que o direito à imagem é inalienável e intransmissível, mas não absolutamente indisponível. Por haver um viés econômico, o seu titular, o empregado, poderá dispor de sua imagem para que empregadores se utilizem para fins comerciais, em observância às normas protetivas constitucionais e infraconstitucionais.

Assim sendo, a imagem do empregado não poderá ser objeto a ser exposto como se fosse mais uma mercadoria do estabelecimento, simplesmente, para a obtenção de vantagem econômica unilateral do empregador, porque se assim for, o contrato de emprego será passível de nulidade.

3.5 PROTEÇÃO CONSTITUIÇÃO E INFRACONSTITUCIONAL AO DIREITO DE IMAGEM

A proteção ao direito à imagem em face das Constituições Brasileira foi construída por Manoel Jorge e Silva Neto (2003, p. 367) que, didaticamente revelou que na Constituição Imperial de 1824 não havia proteção de forma expressa, mas de forma implícita prestava a salvaguardar a imagem do indivíduo dentro do seu domicílio, por conta do dispositivo da inviolabilidade do domicílio, o que denota desproteção do sujeito fora do âmbito domiciliar.

O autor, Manoel Jorge e Silva Neto (2003, p. 367), ainda, enfatizou que tal tendência foi seguida pelas Constituições de 1934 e 1937, como registrou que a evolução histórico-constitucional ocorreu apenas na Carta Magna de 1946, cujo preceito normativo previa a inviolabilidade do direito à vida, por ser impossível se prever o direito à vida sem a vida com imagem. As Constituições de 1967 e 1969 não positivaram o direito à imagem.

De forma diferente foram os contornos da Constituição de 1988 que, de forma veemente, elevou à imagem a proteção constitucional. No artigo 5º, X, ratifica, expressamente, a tutela à imagem, como um direito de personalidade, ao determinar que “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”.

Há, contudo, uma amplitude da tutela constitucional, quando promoveu a proteção da imagem–retrato quanto da imagem-atributo. Na visão de Manoel Jorge e Silva Neto (2011, p. 655-656), a imagem-retrato diz respeito ao direito de imagem e a imagem atributo ao direito à imagem. Uma é o retrato físico e a outra o retrato social do indivíduo. Assim, têm-se o art. 5º, XXXVIII, a / CF vinculado a ideia de Direito de imagem, o inciso V como Direito à imagem e o inciso X contempla o Direito a imagem que a junção do direito de imagem e à imagem.

Nesse passo, o direito a imagem foi considerado como uma das espécies que compõem o Direito de Personalidade, fundamentado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, em caso de violação, haverá reparação integral.

Mônica Neves Aguiar da Silva Castro (2002, p.16-17) ratifica que o direito à imagem em face da Constituição Federal de 1988, concede grande importância aos direitos reconhecidos no art. 5º, X, dentre eles o direito à imagem.

Todavia, Luiz Alberto David Araujo (2013, p. 20) entende que a proteção à imagem passa a compor o rol de liberdades públicas, entendidas como “poderes de autodeterminação, reconhecidos e organizados, pelo direito positivo e que tende a conferir-lhe proteção jurídica”.

O direito à imagem adquiriu, inclusive, proteção infraconstitucional. O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo aos direitos de personalidade visando proteger, também, à imagem da pessoa humana, conforme assentado no artigo nº 20:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Dessa forma, a imagem passa ser objeto de tutela constitucional e infraconstitucional, buscando proteção integral da imagem das pessoas quando utilizada de forma proibitiva, e no que se refere ao objeto de estudo desse trabalho, a proteção do cidadão-trabalhador.

De bom alvitre, busca-se analisar a situação protetiva da imagem dos empregados em suas relações empregatícias. Manoel Jorge Silva e Neto (2003, p. 368) tem a tese que se o pressuposto teleológico de todo o sistema normativo brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana seria, por si só, suficiente e capaz de desabrochar uma rede de proteção dos direitos de personalidade no âmbito da relação de emprego, obstaculizando a ocorrência de infrações destinados a limitar os direitos à intimidade, privacidade, incolumidade física e a imagem dos trabalhadores.

Vê-se, assim, que com a proteção constitucional e infraconstitucional ao direito à imagem, deverão, efetivamente, alcançar as relações trabalhistas, vez que a imagem dos empregados vem sendo utilizadas de forma comercial com a finalidade apenas lucrativa de uma das partes da relação empregatícia, ou seja, do empregador, visto que as hipóteses são diversas, desde a exploração da imagem-retrato à imagem-atributo.

Nessa linha, o sistema protetivo deverá perceber as hipóteses da utilização da imagem dos empregados que afrontem a relação contratual de trabalho e, por consequência, as normas de direito fundamental.

4 A UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO EMPREGADO PARA FINS COMERCIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

O texto constitucional, atual, concede grande importância aos direitos considerados fundamentais. Assim, o reconhecimento do direito à imagem da pessoa humana tornando-se inequívoco a tutela ao bem jurídico em tela.

Porquanto, é imperioso assinalar, que no ambiente de trabalho, em algumas hipóteses, a imagem dos empregados vem sendo utilizadas para fins comerciais, de modo a ensejar consequências jurídicas por inobservância às normas trabalhistas, constitucionais e infraconstitucionais.

4.1 HIPÓTESES DO USO DA IMAGEM DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

O direito a imagem desdobra-se em três espécies: imagem-tributo, imagem-retrato e imagem-voz. Todavia, no ambiente laboral, principalmente, a imagem-retrato dos empregados, não raras às vezes, é utilizada de forma a contrariar preceitos normativos.

Percebem-se, de forma evidente, diversas situações, nas quais a imagem-retrato do empregado é utilizada como mero instrumento comercial em prol dos objetivos do empregador.

Manoel Jorge e Silva Neto (2003, p. 369) exemplifica a hipótese de afronta ao direito fundamental – a imagem-retrato – quando campanhas publicitárias são divulgadas ostensivamente na televisão e que mostram a planta industrial da empresa e os trabalhadores em atividade.

Neste particular, Manoel Jorge e Silva Neto (2003, p. 369), ainda, afirma que pouca importa se a campanha publicitária enalteça o produto da empresa, a higiene no meio ambiente de trabalho ou a excelência dos serviços prestados pelos subordinados, o que é decisivo para a prática ser considerada uma transgressão ao direito fundamental, em questão, é a mera propaganda, e, por conseguinte, gerando o direito de reparação do dano à imagem dos trabalhadores.

Acrescenta-se, ao exemplo anterior, a hipótese do uso da imagem-retrato do empregado quando este, gratuitamente, ao vestir o seu fardamento de trabalho, são transformados em instrumentos de propagandas, cuja vestimenta encontra-se marcadas por slogans de produtos/mercadorias comercializados pelo próprio empregador, ou pelo grupo econômico, bem como para terceiros.

Ocorre que, o sistema normativo trabalhista não prevê, expressamente, a possibilidade contratual para o uso de imagem do empregado, como ocorre para os atletas profissionais de futebol e para trabalhadores, nos casos das modelos e atores de televisão, cuja natureza laboral é tipicamente a veiculação de sua imagem nos meios de comunicação e publicidade.

Nesse passo, acredita-se, na aplicabilidade, supletiva, do artigo 20 do Código Civil de 2002, pois ao prever a disponibilidade do exercício do direito à imagem, desde que previamente autorizado, indenizado e sem abuso, seria cabível que o empregado, possa dispor da utilização de sua imagem, em contrato de emprego, mesmos que estes não sejam famosos e modelos.

Dessa forma, entende-se que não haveria ofensa ao direito fundamental (direito à imagem) se a previsão da licença para o uso da imagem do empregado, não de forma irrestrita, integresse ao contrato de emprego dos obreiros, em analogia as atividades esportivas, a fim de evitar que a sua imagem se transforme em mero objeto a servir para o uso do capital, ou seja, para fins comerciais, mas objetive coibir práticas que rechaçam não apenas a exploração às forças de trabalho do empregado, mas também ao seu direito de imagem.

4.2 A INSERÇÃO DE PROPAGANDAS NOS UNIFORMES DOS EMPREGADOS

O empregador, em face do poder diretivo, tem a prerrogativa de exigir de seus subordinados o uso de uniforme ou farda, mas desde que esteja relacionado ao trabalho realizado ou à organização das atividades do negócio, a fim de que clientes e o próprio empregador possam identificá-los.

Assim, a exigência para o uso de fardamento no ambiente laboral é lícita, pelos fundamentos do art. 458, §2º, inciso I, da CLT, em que prevê a prestação do vestuário ao empregado pelo empregador, a saber:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (Redação dada pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

O Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais manifestou-se nesse sentido:

UNIFORME E ROUPA PADRÃO. Inegável que o uniforme é uma roupa padronizada. A exigência de cor, figurino, peças comuns já caracteriza por si uniforme, mesmo que não exista a marca, o timbre e/ou logotipo da empresa. A exigência de roupa padronizada por parte da reclamada custeada pelo empregado junto à própria empresa configura o uso de uniforme e implica transferir para o empregado o custo com uma exigência que é daquela, empresa, enquanto dona do negócio e por parte de quem deve existir a assunção dos meios para a execução do serviço. Pertinente a indenização do ex-empregado com os gastos havido sob este título. (MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. RO 1220.2010.5.03.0013. Relatora: Des. Taísa Maria Macena de Lima, DEJT, Minas Gerais, Belo Horizonte, 07 de maio 2003)

Por sua vez, Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 833-834) afirma que a vestimenta destinada ao uso exclusivo para o trabalho, não é apenas a roupa padronizada para o trabalho, mas também de uso social, desde que fornecida ao empregado para ser utilizada durante o expediente laboral.

Cumpra-se observar que o fornecimento do fardamento não terá natureza salarial, pois o vestuário só possuirá tal natureza quando não for destinado ao trabalho, na hipótese do empregador mensalmente presentear o empregado com roupas novas para apresentação social.

Entretanto, Vólia Bomfim Cassar (2001, p. 834) complementa o seu entendimento ao dizer que a concessão obrigatória e gratuita de uniforme, em decorrência de determinação legal, ocorrerá apenas em quatro hipóteses: bombeiro civil, aeronautas, aeroviários e vigilantes. Nos demais casos, a autora entende que o empregador poderá cobrar do empregado o uniforme fornecido, desde que cobre um preço de custo ou valor razoável, ressalvando a cobrança apenas quando o uniforme for emprestado, ou de uso comum, ou quando devolvido à empresa na dispensa do trabalhador.

A exigência pelo o uso de uniforme ou de roupa padrão, somente será legítima se não houver violação a sua intimidade, nem a honra, nem a imagem do empregado, pois, não raras vezes, são obrigados a utilizar fardamento que expõem partes íntimas do corpo, ou que contenham temas (palhaços, animais e outros) capazes de humilhar o trabalhador em seu local de trabalho.

Desse modo, as roupas devem ser adequadas e compatíveis com o ambiente de trabalho, pois não se trata apenas de observância ao uso e bons costumes corporativos, mas também ao cumprimento das normas regulamentadoras que tratam das questões de saúde e segurança laboral, para a efetiva proteção da integridade física do empregado.

Contudo, se as indumentárias utilizadas pelos empregados forem incompatíveis às funções desenvolvidas no ambiente de trabalho, haverá, certamente, o abuso do direito do empregador e, por consequência, as devidas implicações jurídicas.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p. 294) salienta que se a aparência física e a vestimenta do empregado prejudicarem a atividade empresarial será possível o controle por parte do empregador, caso contrário, a proibição quanto ao uso de barba, tatuagem e cabelos longos excederá os limites do exercício do poder diretivo, por limitar o direito do empregado à autodeterminação da própria imagem.

Igualmente, Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 835) percebe que a exigência para o uso de fardamento, desde que razoável e não abusiva faz parte do poder de comando do empregador, mas a partir do momento em que o uniforme tornar a aparência do subordinado aviltante ou vexatória configurará o abuso de direito.

Sendo assim, é lícito o empregador, por motivo de higiene, por questões de segurança do trabalhador, bem como ser critério de identificação deste e da própria empresa, fornecer fardamento para os seus empregados.

Nesse passo, como forma de padronizar e organizar o ambiente de trabalho, não é incomum que o empregador insira nos uniforme de seus subordinados a bandeira, isto é, o nome, o timbre ou a logomarca do seu empreendimento comercial, como forma de se apresentar socialmente ao público consumidor, a fim de fortalecer os seus objetivos comerciais.

Isto posto, salienta-se que os empregadores não se limitam apenas a fazer o marketing empresarial do seu comércio nos uniformes dos seus empregados, mas como estratégia e visando economizar em publicidade e propaganda de seus produtos, realizam a propaganda de produtos pertencentes ao seu grupo econômico, como também dos produtos de seus fornecedores (terceiros).

4.2.1 Para fins comerciais do próprio empregador

O elemento da subordinação jurídica do empregador, em face do empregado, e, por conseguinte, da existência dos poderes empregatícios, valida a exigência pelo uso de uniformes no ambiente de trabalho.

Por sua vez, e, oportunamente, os donos do empreendimento, imprimem junto às vestimentas de trabalho de seus empregados, a sua identificação, o seu nome empresarial, como forma de reconhecimento e a consolidação da sua marca no “mundo” dos negócios.

Nesse caso, entende-se que essa prática, acima descrita, adotada pelos empregadores, não encontra obstáculo legal, com base nos fundamentos do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

INDENIZAÇÃO POR USO INDEVIDO DA IMAGEM DO EMPREGADO. O uso de uniforme da empresa não tem cunho depreciativo ou humilhante sobre a figura do trabalhador, de modo a configurar dano ao direito da personalidade, passível de indenização, nem caracteriza uso indevido da imagem. (TRT-1 - RO: 7616920115010009 RJ , Relator: Patricia Pellegrini Baptista Da Silva, Data de Julgamento: 12/11/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 2012-12-12)

Diante do julgado anterior, compreende-se que, por si só, o uso de fardamento de trabalho na empresa, de fato, não constitui ilícito, pois dentro dos poderes empregatícios do empregador, este possui a prerrogativa de adotar ou não vestimenta de trabalho, para melhor prestação de serviço.

Apreende-se, portanto, que o uso do uniforme, a fim de divulgar a marca do seu empreendimento dentro do estabelecimento, não haveria nenhuma ofensa ao direito de imagem do empregado, em virtude da existência do vínculo empregatício, poder empregatícios, e, por consequência, do dever de obediência.

Entretanto, a divulgação do empreendimento empresarial ou marca do produto comercializado pelo próprio empregador, fora do âmbito laboral, será imprescindível a autorização dos seus subordinados para a sua exposição externa: propaganda em TVs, outdoor, e outros meios de comunicação.

No entanto, há estabelecimentos empresariais que além de comercializarem produtos de seus fornecedores também são responsáveis pelas vendas de mercadorias por elas produzidas. Nessa ótica, os detentores do capital, os empregadores, na busca de potencializar as suas vendas com a divulgação de seus próprios produtos, aproveitam os uniformes dos seus subordinados para realizar a propaganda destes.

Não é incomum quando empregados, revendedores de automóveis, vestem camisas com a propaganda de carros com a estampa do produto a fim de estimular a comercialização ou quando os empregados de supermercado varejista, vestem os seus uniformes, não apenas com o nome da sociedade empresarial, mas também com a inserção de marcas comercializadas pelo próprio empregador.

Nestas hipóteses, compreende-se que sendo os empregados contratados diretamente para a realização do objeto venda, não haveria ofensa alguma a imagem desses trabalhadores, vez que não haverá o locupletamento do empregador em detrimento daqueles. Os empregados vendedores possuem interesse pelas vendas dos produtos, vez que dessa relação mercantil decorrerão comissões e vantagens pecuniárias para ambos – empregado e empregador.

Todavia, infere-se, também, que se o empregado for pessoa contratada não para a realização direta da venda dos produtos do próprio empregador, mas tão somente para atividades-meio, por exemplo: limpeza e conservação, e, que por ventura, vierem a usar fardamento com a aplicação de produtos comercializados pelo empregador, entende-se que neste caso, também não haverá obste legal, pelos fundamentos do julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, referenciado anteriormente, que declara que o uso de uniforme da empresa não tem cunho depreciativo ou humilhante sobre a figura do trabalhador, de modo a configurar dano ao direito da personalidade.

Compreende-se que a atividade - meio é aquela que se presta meramente a instrumentalizar, a facilitar para o alcance dos objetivos e propósitos previstos em

contrato de emprego, mas sem interferências. Identifica-se como atividade-meio as de limpeza, de conservação, de vigilância, de telefonia, de suporte de informática, de fornecimento de transporte, de alimentação, de assistência contábil, jurídica e outras que auxiliam na dinâmica do empreendimento, todavia, sem relação direta com o objetivo central da empresa. (MARTINEZ 2013, p. 247).

Assim, tanto para os empregados que são contratados para diretamente realizarem o objeto da empresa (consultor de vendas) como aqueles que desenvolvem atividade - meio, ambos são submetidos aos comandos e direcionamentos do empregador, são subordinados as suas ordens e poderes de direção, de organização e disciplinar.

Dessa forma, não se percebe ilicitude na prática do empregador se utilizar dos uniformes que são disponibilizados aos empregados com a inserção da marca do empreendimento e dos produtos por estes produzidos e comercializados, não haverá extrapolação do contrato de trabalho e ofensa ao princípio da boa-fé contratual.

De tal modo, as hipóteses apresentadas estão restritas as propagandas realizadas dentro do ambiente de trabalho através de empregados uniformizados. Contudo, se o empregador pretender realizar propaganda, no ambiente externo ao da empresa, necessitará de autorização dos empregados para terem a sua imagem retrato veiculada em meios de comunicação/propaganda, considerando que tal serviço de modelo não estão previstos contratualmente.

O mais vulnerável, dessa relação empregatícia – o empregado - deve aprovar a exposição de sua imagem-retrato como “garoto propaganda” das marcas a serem veiculadas fora do âmbito laborativo, vez que estes possuem o direito de anuir ou não pelo uso de sua imagem, bem como percentual adicional pecuniário pela disponibilização da sua imagem.

Caso o empregador não atenda aos requisitos legais, por entender que possui o direito potestativo de se apropriar da imagem dos seus subordinados para fins comerciais, recairá sobre este, as devidas consequências jurídicas, por haver a violação ao direito à imagem (retrato) do empregado.

Nesse passo, reitera-se que se o empregador tiver o interesse de tornar pública à marca de seus produtos, através da imagem de seus empregados, no âmbito

laborativo, não há encontrar obstáculos, em virtude do elemento fundamental da subordinação jurídica do empregado em face do empregador.

Nesse diapasão, afirma-se que a determinação pelo uso de uniforme com o logotipo de produtos comercializados pelo empregador, não violará o direito (exercício) do uso da imagem do empregado, bem como não evidenciará o abuso de poder diretivo do patrão.

4.2.2 Para fins comerciais do grupo econômico

O grupo econômico trabalhista diz respeito à aglutinação de pessoas com personalidade jurídica própria, mas sob a subordinação, a direção, o controle e a administração de outra empresa principal.

Na visão de Octavio Bueno Magano (1993, p. 80, 82 e 84) o controle seria a possibilidade do exercício de uma influência dominante de uma empresa sobre a outra, subordinando os bens a ela atribuídos para o alcance de seus objetivos e finalidades. A direção seria a efetivação propriamente dita desse controle, mas a administração é a submissão de uma empresa à orientação e à interferência de órgãos administrativos de outra.

Nos fundamentos do art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o conceito de grupo econômico é ressaltado da seguinte forma:

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 463) entende que os grupos podem se formar pelas integrações entre os empreendimentos resultantes de fusões (duas ou mais sociedades se unem e formam uma nova), cisões (uma empresa que transfere uma parte ou todas as parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades existentes para essa finalidade), incorporações (uma ou mais empresas são absorvidas por outra, que se torna titular de direitos e obrigações) ou por qualquer outro meio que vincule de forma direta ou indireta empresas associadas.

Por sua vez, o grupo econômico pode ser dividido em grupo de direito e de grupo de fatos. O primeiro ainda pode ser subdividido em grupos por subordinação ou por coordenação.

Nas palavras de Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 464-465), os grupos econômicos de direito (por coordenação) se apresentam quando houver reunião de interesses para execução de determinado empreendimento, possuindo ou não o mesmo controle ou administração comum, pois a relação é numa linha horizontal. Há a reunião de empresas, todas interligadas entre si, mas apesar de serem autônomas e independentes, estão integradas pela ingerência, administração comum, como se subordinadas uma às outras administrativamente, podendo haver um ou alguns sócios no controle.

No entanto, os grupos econômicos de direito por subordinação são também denominados de grupos de sociedades ou vertical.

Ainda, na visão de Vólia Cassar (2011, p. 466) esses grupos se apresentam na forma piramidal, cujo vértice encontra-se a empresa principal, ou seja, há uma empresa controladora e outras serão controladas, lideradas pela empresa líder.

Alice Monteiro de Barros (2008, p. 359-360) iguala o grupo por coordenação ao grupo por subordinação, para efeitos de solidariedade, nos moldes do art. 2º, § 2º, da CLT.

A súmula n. 129 do TST considera que o grupo econômico é empregador único, cujo empregado está vinculado ao conjunto de empresa e o trabalho por ele prestado a mais de uma empresa, na mesma jornada, não gera duplo contrato, salvo previsão expressa.

Todavia, a súmula n. 205 do TST, de forma contrária a súmula n. 129 do TST e ao art. 2º, § 2º da CLT, fora devidamente cancelada, pois negava à empresa do grupo a possibilidade de ser sujeito passivo na execução, quando não tivesse participado da relação processual e não constasse do título executivo judicial como devedor.

Assim, pelo princípio da boa-fé contratual, está sim autorizada a responsabilização solidária das sociedades empresárias que fazem parte do grupo econômico, sendo permitida até mesmo a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios e administradores.

Entretanto, não haverá formação de grupo econômico trabalhista nos contratos de franquia, já que nestes não existem ingerências administrativas dos sócios de uma sociedade na administração de outras, mas tão somente um vínculo formal de cumprimento de regras de uso e exploração de marca e produto.

Considerando-se que a solidariedade entre as empresas do grupo econômico pode ser classificada em: ativa e passiva, a doutrina pátria apresenta duas teorias a respeito de quem é o verdadeiro empregador, se o grupo econômico ou a pessoa jurídica que assinou a carteira de trabalho do empregado.

Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 470-471) desenvolve a temática com o posicionamento de que na Teoria da Solidariedade Passiva, o empregador é a pessoa jurídica e não o grupo, havendo apenas responsabilidade comum entre as empresas, cuja consequência é que o empregado poderá ajuizar reclamação trabalhista cobrando o passivo trabalhista (parcial ou total) ou da empresa contratante ou do grupo econômico, sem preferência de ordem, com fulcro no art. 275, caput, do Código Civil de 2002.

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Gustavo Tepedino (2004, p. 554) comenta sobre a solidariedade passiva prevista no artigo acima referenciado:

A regra analisada contém a própria essência da solidariedade passiva, facultando ao credor demandar o cumprimento da obrigação a qualquer dos devedores, sem que estes possam invocar benefício de divisão, pois cada um dos sujeitos passivos da obrigação é devedor único da totalidade da dívida em face do credor comum, ainda que esta seja divisível [...]. O credor tem a faculdade de receber de qualquer dos coobrigados a coisa devida, total ou parcialmente, ou seja, fica a seu arbítrio escolher como e de quem deseja receber a prestação.

Já na Teoria da Solidariedade Ativa, há a defesa de que todas as empresas do grupo se constituem num único empregador, isto é, o próprio grupo é que será considerado empregador e não apenas a pessoa jurídica que se apresentou em face do empregado para formalizar o contrato de emprego, garantindo condições uniformes para todos os trabalhadores do grupo econômico, independente de qual empresa trabalhe.

De tal modo, a solidariedade passiva pressupõe que as empresas pertencentes ao grupo econômico são apenas corresponsáveis pelas obrigações trabalhistas do empregado e não coempregadoras. De forma diferente, é a abrangência da solidariedade ativa, cuja feição é de único empregador.

Nesse passo e à luz da interpretação do art. 2, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, comunga-se com a ideia de que a responsabilidade do grupo econômico será solidária em face do empregado.

Assim sendo, na hipótese do empregado que fora contratado para atividades, cujo objeto direto ou indireto seja a comercialização de mercadorias, for “obrigado” a utilizar uniforme “recheado” de propagandas de marcas e produtos comercializados pela própria pessoa jurídica contratante, por não haver ilicitude nessa prática, por conseguinte, não haverá incidência da responsabilidade solidária do grupo econômico.

Nesses casos, infere-se que restaria implícita a autorização dos empregados, quanto ao uso de fardas com a inserção de propagandas para fins comerciais do empregador, desde a assinatura do contrato de emprego, pois já sabendo que o objeto de trabalho do contratante é a implementação de esforços para a venda de seus produtos, a veiculação de propagandas seria imprescindível no meio concorrencial.

Assim, os seus contratados, ao usar as vestimentas de trabalho com propaganda da empresa, estariam corroborando para a concretização do objeto comercial do empregador – a venda de seus produtos.

Em que pese o propósito do uso do fardamento não esteja apenas vinculado a padronização dos obreiros no ambiente de trabalho, mas também para a efetivação da propaganda das mercadorias próprias da pessoa jurídica que contratou o empregado.

Neste caso, não se encontrará abuso ou ilicitude, por consequência, não haverá repercussões jurídicas ao grupo econômico, com base na teoria do empregador único.

Por fim, diante dessa relação empregatícia apresentada, afirma-se que haverá o alcance da responsabilidade solidária do grupo econômico, na hipótese de haver a

exposição da imagem do empregado, no ambiente externo ao laboral, quando este for compelido a realizar propaganda do estabelecimento empresarial sem a devida autorização e contraprestação, pois haverá o enriquecimento de todo o grupo econômico, pois o juízo é de devedor único perante o empregado.

4.2.3 Para fins comerciais de terceiros

Diante do contexto neoliberal e de suas orientações à maximização dos lucros, algumas sociedades empresárias, de grande notoriedade no mercado de alimento e eletrodomésticos, por exemplo, através dos uniformes de seus empregados, não se restringem a realizar a propaganda e campanhas apenas de seus próprios produtos, mas também de terceiros.

Ora, na hipótese do empregador almejar a propaganda para a comercialização de seus produtos e de terceiros, busca-se, por vezes, a contratação de um modelo ou artista profissional, com a notoriedade necessária para a divulgação destes, a fim de influenciar a sua comercialização, sendo tais serviços, contratualmente, remunerados.

Então, observa-se a prática diversa, pois ao invés da contratação de modelos para realização da propaganda dos produtos de seus fornecedores, terminam se utilizando das vestimentas de trabalho dos seus empregados para realizar também esta publicidade, qualificando o empregado como meio, objeto, um instrumento de propaganda.

No entanto, na hipótese do empregador “apropriar-se” da imagem dos empregados, para a veiculação da marca, campanhas de produtos de seus fornecedores haveria a necessidade da anuência prévia e o pagamento pelos serviços prestados?

A resposta a tal questionamento encontra-se fundamento no art. 5, V e X da Constituição Federal e art. 20 do Código Civil, que entendem que o direito à imagem da pessoa restará violado se for utilizada de forma indevida, ou seja, sem o seu consentimento, ensejando a respectiva indenização por parte do empregador.

Quanto a propaganda de terceiros nos fardamentos dos empregados, vez que inexistente qualquer relação empregatícia entre estes, os empregados deverá ter o

direito de optar pelo uso ou não de sua imagem para fins comerciais da propaganda de terceiros, no âmbito laborativo, com o objetivo de se evitar a transformação de sujeitos trabalhadores em mero “outdoor humano e ambulante”,

Destarte, infere-se o abusivo e ilícito do empregador, que sob o manto de todos os seus poderes empregatícios e de subordinação, impor indiscriminadamente a todos os seus empregados o uso obrigatório e ilimitado de uniformes “recheados” de propagandas de terceiros para benefícios próprios.

Sendo assim, haverá o locupletamento do empregador e dos fornecedores, em prejuízo daqueles que, na condição de dependente economicamente, vê-se coagido a cumprir todas as exigências do seu patrão, mesmo em detrimento de seus direitos de personalidade, pela simples manutenção de seu labor.

Ora, ao mesmo tempo em que os empregados estão desenvolvendo as suas atividades laborais, para qual foi contratado, exemplo: vendedor, atendente, empacotador, e outros, estarão, concomitantemente, servindo como meio publicitário para terceiros a relação jurídica de emprego, cuja finalidade maior é a ampliação do lucro de vários detentores do capital: o empregador e seus fornecedores.

Sobremais, se o empregador tiver o objetivo de fazer a propaganda da logomarca de terceiros, deverá inserir, expressamente, em sede contratual, a utilização moderada de sua imagem e a respectiva contraprestação pecuniária para a realização de tal publicidade, já que a forma tácita facilitará abusos e desrespeitos ao direito à imagem do empregado.

Dessa forma, havendo a apropriação da imagem do sujeito trabalhador para fins comerciais, na medida em que se despreza qualquer possibilidade indenizatória pelo uso da imagem dos seus subordinados, incorrerá na transformação destes em “outdoors humanos”.

Vólia Cassar (2011, p. 835) especula, acertadamente, se essa prática de assentar no uniforme do empregado propaganda de mercadorias de outras empresas, não geraria para os empregados o direito de arena pelo uso de sua imagem, em analogia aos jogadores de futebol, devido ao nítido objetivo de transformar os empregados em instrumento para aumentar os lucros dos tomadores de serviços.

No que diz respeito ao direito de arena, a Lei Pelé nº Lei 12.395/11, retrata, no Art. 42, que pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. Todavia, o parágrafo § 1º faz a seguinte ressalva:

Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

A Lei Pelé nº 12.395/11 prevê no art. 87-A que o direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.

Sobre o tema, Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 692) percebe que o direito de imagem não pode ser identificado como direito de arena, pelo fato do primeiro possuir dimensão constitucional e o segundo derivar da legislação ordinária. O segundo traço distintivo para o autor é o caráter amplo do direito de imagem, possuindo fruição em qualquer domínio de atividade do indivíduo, mas o direito de arena estaria restrito a hipótese de atletas que têm a sua imagem divulgada em jogos transmitidos pela televisão, cuja agremiação desportiva à qual pertencem contratou com o veículo de mídia para viabilizar a transmissão.

Quanto aos artistas intérpretes ou executantes, estes tem o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações, com fulcro na Lei de Direitos Autorais nº 9.610/98, art. 90, § 2º.

Assim, considerando-se que o direito à imagem é personalíssimo, todavia, pode ser negociado pelo atleta, diretamente com a entidade de prática desportiva, cabendo às partes estipularem os termos do contrato, tendo em vista a natureza econômica.

Dessa forma, percebe-se que se o terceiro quiser explorar a imagem dos atletas desportivos, poderá ocorrer, por exemplo, via direito de arena, cuja titularidade pertence à entidade de prática esportiva, no qual decorrerá uma contraprestação pecuniária ou via contrato que disponha sobre a licença de uso de imagem, quanto

ao exercício do direito de exploração por tempo determinado, previamente autorizado e fins lícitos.

Na Lei de Direitos Autorais nº 9.610/98, art. 90, § 2º percebe-se, também, a utilização da imagem dos artistas, vez que se faz imprescindível à devida autorização, em virtude do fundamento do art. 20 do Código Civil de 2002.

Diante de tais considerações, extrai-se o entendimento de que como é possível haver disciplina legal para a proteção do direito da imagem dos artistas e dos jogadores de futebol (Lei nº 12.395/11 e Lei nº 9.610/98) para a realização de propagandas, por analogia, essa tutela deverá alcançar aos demais trabalhadores.

Nesse contexto, embora não haja, expressamente, na legislação trabalhista, previsão normativa no sentido de preservar o direito de personalidade daqueles que vivem do seu trabalho, quando da utilização de sua imagem, para fins comerciais, entende-se ser razoável e protetivo a inserção de cláusula contratual permissiva sobre a divulgação da imagem dos empregados, dentro do ambiente de trabalho, pois nada obsta que se pactue dessa forma, integrando, assim, tal previsão no contrato de trabalho.

O empregador não poderá dispor do exercício do direito de imagem dos seus subordinados, constringendo-os a realizar, gratuitamente, a publicidade de produtos de terceiros em suas vestes de trabalho, pois se assim correr, haverá o enriquecimento ilícito do empregador e de seus fornecedores em detrimento da devida indenização por parte dos empregados.

Nesse passo, haverá a extrapolação das cláusulas do contrato de trabalho, vez que se não há previsão expressa, quanto à autorização para a utilização devida da imagem do empregado para fins comerciais do terceiro, revelar-se-á verdadeiro abuso ao exercício do poder diretivo do empregador e ao princípio da boa fé contratual, ensejando na possibilidade de dissolução contratual.

Assim, em que pese exista na relação empregatícia, as prerrogativas do poder empregatício atrelado ao elemento de subordinação, não deve prosperar o entendimento de que, implicitamente, faz parte do contrato de emprego do obreiro a possibilidade deste prestar serviços de propagandas para fins comerciais de terceiros.

Destarte, considerando-se que os fornecedores do empregador tenham autorizado à realização de propaganda de seus produtos/mercadorias, dentro do ambiente de trabalho, através das fardas de trabalho dos empregados, estes terceiros serão alcançados juridicamente, sob os fundamentos da responsabilidade solidária, se inexistir a autorização desses trabalhadores.

4.3 O USO DA IMAGEM DOS EMPREGADOS PARA VEICULAR PROPAGANDA DE TERCEIROS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

No ambiente de trabalho, a ordem concedida, pelo empregador em face do empregado, para que estes utilizem uniformes ou camisas contendo a marca de produtos de seus fornecedores, com fins mercantilistas, tornou-se prática constante, podendo configurar em uso indevido da imagem do operário, se prescindida de autorização do empregado.

Nesse contexto, se construirá o entendimento de que se o empregador, em face de seus poderes empregatícios e prerrogativas, se vier se apropriar de um bem personalíssimo do empregado, a fim de veicular a propaganda de seus fornecedores ensejarão as devidas consequências jurídicas.

4.3.1 A autorização e a prestação pecuniária pelo uso da imagem do empregado para fins comerciais de terceiros

O art. 20 do Código Civil apregoa que se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, poderá haver a utilização da imagem de uma pessoa, desde que não lhe gere prejuízos materiais nem imateriais, ou seja, que não atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 189) compreendem que sendo autorizada a utilização da imagem da pessoa, está caracterizado o ato de disposição relativa de direito, não sendo possível que se alegue posteriormente reparação civil. Completa o raciocínio ao afirmar que o consentimento não necessita ser expresso, nem escrito, contentando-se com a forma implícita.

Nesse passo, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região ratifica a necessidade de consentimento do empregado para a veiculação de sua imagem, mas, ao mesmo tempo, imprime o entendimento de que, a depender da situação fática, restará consentida de forma implícita a utilização de sua para fins publicitários, e não ensejará a reparação por danos morais.

DANO MORAL - MATERIAL PUBLICITÁRIO E USO DA IMAGEM DO EMPREGADO - NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO - Não enseja reparação por danos morais a conduta da empresa que divulga material promocional com foto do empregado quando, do panorama fático-probatório, ressaí que houve seu consentimento. Ademais, inexistiu qualquer pecha pejorativa no conteúdo dos panfletos publicitários, ou prova de repercussão negativa do fato no cotidiano do reclamante. O autor foi retratado em seu local de trabalho, visivelmente posando para a foto, de forma voluntária, sorridente, exibindo nas mãos uma das mercadorias do setor. A prova oral favorece apenas a defesa, no sentido de que, nessas situações, a ré tem por regra a obtenção de consentimento do empregado para uso da imagem. Não comprovada conduta ilícita por parte do empregador, e nem qualquer dano advindo do evento narrado como lesivo, descabe cogitar-se da condenação em dano moral. Recurso ao qual se nega provimento. (TRT-9 16220097900 PR 162-2009-7-9-0-0, Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI, 4A. TURMA, Data de Publicação: 18/03/2011)

Assim, a jurisprudência revela que deverá haver o consentimento do empregado para a veiculação de sua imagem em panfleto publicitário, outdoor, e qualquer outro meio de propaganda que retrate a sua figura.

Observa-se, comumente, que este tipo de propaganda ocorrem em meios mais tradicionais e no ambiente externo ao laboral. Contudo, a propaganda interna, ou seja, no próprio ambiente de trabalho e, também, na vestimenta de trabalho do empregado é algo que não mais inovador.

Em análise a essa matéria, o Tribunal Regional do trabalho da 6ª Região entende havendo também a anuência tácita do empregado para que seja veiculada em seus fardamentos a propaganda da empresa cuja marca é comercializada pelo empregador não configuraria ato abusivo, violador do direito de imagem, não sendo necessária a reparação pecuniária por inexistência de prejuízo e constrangimento, a saber:

RECURSO ORDINÁRIO. USO DE FARDAMENTO QUE CONTÉM LOGOTIPO, PRODUTOS E PROMOÇÕES VINCULADOS À EMPREGADORA E/OU À EMPRESA CUJA MARCA ELA COMERCIALIZA. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM DO EMPREGADO. PERDAS E DANOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. A simples utilização, no ambiente estrito do trabalho, com sua anuência tácita, de fardamento que veicula propaganda da empresa ou promoções, não configura ato abusivo, ilícito ou violador do direito de imagem do empregado ou de qualquer outro de

natureza extrapatrimonial. Do mesmo modo, não se vislumbra dano a reparar, quando a parte autora, em nenhum momento, sequer alega ter sofrido algum tipo de prejuízo, constrangimento ou repercussão negativa em face do uso do fardamento. (Tribunal Regional do Trabalho (6ª Região). Recurso Ordinário nº 1167200500206000-pe-200500206000 RO, Relator Valdir José Silva de Carvalho, data de julgamento: 12 de maio de 2011).

Argui-se, então, se bastaria apenas à anuência tácita para que o empregador possa se utilizar da imagem dos empregados para realizar a propaganda de produtos e marcas de terceiros, ou se essa autorização deverá ocorrer sempre de forma prévia e escrita em contrato de emprego.

Acredita-se, portanto, que além da prévia autorização para a utilização da imagem do empregado realizador da propaganda, esta deve ser escrita, e não tácita, com a ressalva da utilização da imagem do empregado, em contrato de emprego. Do contrário, ressalta-se que o direito à imagem dos trabalhadores está sendo repellido, desrespeitado quando o empregador ignora a imagem como direito constitucional e o explora sem a devida autorização.

Contudo, Mauro Schiavi (2011, p. 172) possui entendimento divergente quanto à disponibilidade do uso da imagem do empregado, bem como a sua previsão em contrato de trabalho, que por ser um direito inerente à personalidade não poderá integrar ao contrato empregatício. Logo, não será lícito o empregador se utilizar da imagem do empregado nem antes nem durante nem depois da rescisão contratual. Este autor valida, apenas, a utilização da imagem do trabalhador quando for para campanhas educativas ou sem fins lucrativos, desde que previamente autorizada.

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho ao considerar a imagem dos empregados como bem extrapatrimonial, ratifica que a utilização não autorizada configura violação a direito personalíssimo, tornando, inclusive, desnecessária a demonstração concreta de prejuízo, conforme os fundamentos abaixo:

Dano moral. Configuração. Violação do direito de imagem. Veiculação de propagandas comerciais de fornecedores da empresa nos uniformes. Ausência de autorização dos empregados. A veiculação de propagandas comerciais de fornecedores da empresa nos uniformes, sem que haja concordância do empregado, configura utilização indevida da imagem do trabalhador a ensejar o direito à indenização por dano moral, nos termos dos arts. 20 e 186 do CC e 5º, X, da CF. (TST-E-RR-19-66.2012.5.03.0037, SBDI-I, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 10.10.2013 (*Cf. Informativo TST nº 34).

Por conseguinte, ao examinar o tema, Manoel Jorge e Silva Neto (2003, p. 369) construiu o entendimento de que mesmo que tenha ocorrido a prévia anuência do

empregado para a difusão de sua imagem, haverá, sim, cabimento para a reparação do dano a imagem dos trabalhadores, pois o ato autorizatório bem pode ter sido concebido por coação moral, em razão da dependência econômica do empregado ao empregador e da subordinação jurídica daquele em face deste.

Infere-se que a falta de autorização ou a anuência tácita quanto ao uso da imagem do empregado possuem significados quase “sinônimos”, pois diante da busca pela manutenção laboral, restará diminuída a resistência do empregado em face do empregador para alegar a ofensa ao seu direito de imagem.

Assim, afirmar-se que as ofensas e as humilhações decorrentes do uso da imagem do empregado são configuradas quando não há a prévia autorização por parte do subordinado, bem como o devido pagamento pelo seu uso, por extrapolar as atividades estabelecidas no contrato de emprego. Haverá a configuração do ilícito quando o empregador não observar os requisitos legais quanto ao uso da imagem do empregado, vez que se trata de direito relativamente disponível.

Nessa linha de pensamento, o Tribunal Regional do Trabalho 15º posicionou-se, através do Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita, quanto ao cabimento de indenização por danos morais por entender que o uso da imagem não se insere nas atividades normais do trabalhador, fugindo à regra do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho:

DANO MORAL. USO COMERCIAL E NÃO AUTORIZADO DA IMAGEM DO EMPREGADO. PROCEDÊNCIA. Nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal e do artigo 20 do Código Civil, o uso comercial e não autorizado da imagem do empregado deve ser indenizado. O uso da imagem não se insere nas atividades normais do trabalhador, fugindo à regra do artigo 456 da CLT. Além disso, não é exigível do empregado que se oponha ao fato no curso do contrato de trabalho, uma vez que tal atitude poderia inviabilizar sua permanência no emprego. Recurso do reclamante provido. (TRT 15ª – Proc. 02436-2004-082-15-00-4 RO, Dec. 054877/2006-PART, Pub. 27/11/2006, Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita)

Embora haja o elemento da subordinação nessa relação empregatícia, do empregado, em face do empregador, cuja manutenção de seu labor dependerá do “bom” desenvolvimento dos seus serviços, entende-se que inexistente o direito de locupletar-se a partir do direito de imagem do obreiro, e, caso aconteça, ensejará as devidas consequências jurídicas, e o empregador e os fornecedores serão alcançados pelas normas justralhistas e constitucionais, salvo se estes não tiverem anuído com a forma publicitária.

Dessa forma, o empregado poderá conceder a licença para a utilização de sua imagem para fins comerciais de marcas e produtos comercializados pelo empregador desde que acordados previamente, em face da disponibilidade do direito à imagem, desde que em conformidade aos limites normativos, já que nem o empregador nem o fornecedor (terceiro) não possuem o direito potestativo de se apropriar dessa imagem, comercialmente, sem a anuência do obreiro em contrato empregatício e sem uma contraprestação pecuniária.

Desse modo, a ofensa restará concretizada se não houver prévia autorização e justa indenização pela utilização da imagem do obreiro, pois tendo em vista a finalidade comercial da ação, por consequência, ensejará na responsabilidade solidária dos fornecedores, em decorrência da lesão ao patrimônio extrapatrimonial e patrimonial do empregado, salvo se estes não anuíram sobre esse tipo de publicidade.

Nesse contexto, havendo ofensas ao direito à imagem do empregado, deverá haver a responsabilidade solidária dos beneficiários da propaganda, pois se ambos se beneficiaram do trabalho publicitário, todos deverão arcar com as consequências jurídicas, por ofensa a direito personalíssimo: a reparação/compensação pecuniária.

4.3.2 A reparação integral por danos à imagem do empregado

O vocábulo “dano” enfoca o juízo de mal, ofensa pessoal, bem como prejuízo causado a uma pessoa pela deteriorização ou inutilização de um bem, seja por ação ou omissão. Assim, o Direito ocupou-se em regular duas espécies de danos: danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais ou morais.

Para Maria Cecília Náréssi Munhoz Affornalli (2012, p. 67) os danos patrimoniais geram prejuízos a interesse de cunho patrimoniais, materiais e os danos extrapatrimoniais ou morais causam prejuízos a interesse não apreciáveis economicamente e o surgimento de consequências jurídicas de caráter indenizatório.

Considerando-se, assim, que a imagem é um direito personalíssimo, cuja violação surgirá o dever de reparação seja de conteúdo patrimonial, seja de conteúdo moral

ou a ocorrência cumulativa de ambos, ensejando, portanto, a reparação integral da lesão sofrida pelo seu titular.

Identifica-se o dano de caráter patrimonial por haver a necessidade de evidências fáticas, a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima.

O dano patrimonial é classificado por Maria Cecília Náréssi Munhoz Affornalli (2012, p. 67) como sendo: o dano emergente (prejuízo real, o que a vítima efetivamente sofreu), lucro cessante (o que se deixou de ganhar em virtude do ato ou fato causador do dano), o dano *in contrahendo* (verificado no momento da conclusão do contrato, onde uma parte faltou com a verdade e com o princípio da boa-fé, faz com que a outra parte contrate em condições prejudiciais), o dano *ex delicto* (quando um ilícito penal advier um dano), o dano iminente (é o prejuízo previsível, que ainda não foi concretizado, mas está por vir) e o dano infecto (aquele que também não está consumado, mas já é temido).

A Lei 10.406/2002, art. 402, do Código Civil traz a previsão das espécies de danos patrimoniais (emergente e lucro cessante) quando diz que salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Já o dano iminente é tratado pelos artigos 1.280 e 1.281 CC..

Todavia, para o dano moral, a concretização material faz-se prescindível. Ou seja, o dano moral existe *in re ipsa*, por derivar do próprio fato ofensivo.

Sérgio Cavalieri Filho (1998, p. 80) apregoa que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorrendo da gravidade do ilícito em si, vez que existe *in re ipsa* por derivar inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, estará demonstrado o dano moral, como em situações da pessoa ter o seu nome aviltado ou a sua imagem vilipendiada. Desse modo, comprovando o fato, conseqüentemente, estará provado o dano moral.

Dessa maneira, o dano moral não se confunde com o dano material, pois o primeiro lesiona bens integrantes dos direitos de personalidade, com a capacidade de causar sofrimento, vexame, humilhação, aflições e outras alterações no comportamento psicológico e agressões à dignidade do ser humano.

Oportunamente, Roxana Borges (2009, p. 567) faz uma objeção a expressão “dano moral” por trazer em seu bojo um conteúdo valorativo diverso do “dano extrapatrimonial”. Para a autora, o dignificado de dano moral, no senso comum, retrata a ideia de vergonha, de estado de espírito, de sentimentos. Assim, no discurso jurídico majoritário, dano moral acompanhará o senso comum, ou seja, traz o conteúdo de constrangimento, vexame, abalo, sofrimento espiritual, tornando necessária a comprovação da intensidade da dor para poder conceder a reparação por dano moral. Contudo, no sistema civil-constitucional contemporâneo da responsabilidade por violação a direitos de personalidade, a tendência é não falar mais em sofrimento, mas basta a violação do direito de personalidade para se caracterizar o dano extrapatrimonial objetivo.

O dano moral difere-se dos danos materiais ou patrimoniais, pois estes atingem o patrimônio do sujeito vítima da lesão, mas ambos, quando oriundos do mesmo fato, são acumuláveis, conforme reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, súmula nº 37.

À luz da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, V e X, o dano moral traduz-se em violação do direito de dignidade, porquanto viola a intimidade, a vida privada, a honra e da imagem, a saber:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

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.”

Quanto à conceituação de dano moral, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 327) diz que este se constitui a partir da lesão a qualquer dos componentes da dignidade humana, em circunstâncias que neguem a sua personalidade, cuja reparação será devida.

Revela, ainda, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 327) que para existir o dano moral, não se faz necessário o sofrimento humano ou a situação de tristeza, de constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, para ensejar a reparação, mas a ocorrência de situações graves o suficiente para afetarem a dignidade da

pessoa humana pela violação dos seguintes substratos: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e da solidariedade.

Na esfera infraconstitucional, de forma semelhante, o Código Civil de 2002, artigo 186 refere-se ao dano moral da seguinte forma: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Para Marcius Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 27) deve-se verificar se a moral atingida está sob o enfoque do indivíduo lesado, da sociedade ou do julgador, a saber:

Em face do conceito de moral, o que se deve considerar é a questão do relativismo e sua importância na definição dos danos, questionando se existe uma moral universal ou se a moral é relativa às práticas sociais específicas. Se a moral está inserida no conjunto de valores e se os valores podem ser individuais ou sociais, a subjetividade do conceito está presente.[...]. Um fato pode provocar dor moral para a concepção da sociedade e ser irrelevante para um indivíduo determinado, e vice-versa, dependendo das circunstâncias e condições específicas.

Marcius Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 91-92) saliente que o dano moral pressupõe uma lesão à consciência que se caracteriza pela própria personalidade. A regulamentação dos direitos de personalidade leva em consideração a necessidade de proteger a individualidade do ser na sociedade, cujo reflexo permitirá ao indivíduo a reflexão sobre o seu próprio caráter e o desenvolvimento de seu “eu”.

Assim, compreende-se que ao conceber o dano moral como ofensa à consciência, por consequência, será atingida a integridade física, intelectual e moral. O dano é considerado moral quando afronta e fere direitos de personalidade em sentido amplo, mas também em seus atributos: liberdade, honra, reputação, imagem e outros.

Em análise sobre o direito à imagem do empregado, torna-se imperativo estudá-lo sob as premissas do sistema capitalista de produção, cuja elevação da lucratividade e a otimização do modo de produção, em detrimento da fadiga e do perecimento das forças produtivas dos empregados.

Assim, em que pese o instituto do dano moral não seja conteúdo típico do Direito do Trabalho, verifica-se, infelizmente, situações que expõem empregados a atividades vexatórias e humilhantes, sendo carecedoras de tutela jurisdicional, pois o ato de forçar trabalhadores a utilizarem uniformes para veicular a propagandas de marcas

de produtos de terceiros, quando prescindida de autorização e contraprestação pecuniária, configura-se em uma afronta às normas trabalhistas, infraconstitucionais e constitucionais.

É sabido que o direito à imagem reveste-se de características comuns aos direitos da personalidade: inalienável, impenhorável, absoluto, imprescritível, irrenunciável e intransmissível, vez que não pode se dissociar de seu titular, mas disponível, a qual consiste na possibilidade de o indivíduo usar livremente a sua própria imagem ou impedir que outros a utilizem.

Conquanto, haja a mitigação quanto ao exercício do direito à imagem, infere-se não haver obste quanto a previsão desse exercício de forma explicitada e acordada, expressamente, em contrato de emprego.

O empregador, mesmo detentor de poderes empregatícios, não poderá extrapolar e exceder as regras contratuais, pois, por se tratar de espécie de direito de personalidade disponível, infere-se que a autorização tácita não deverá ser aplicada, em proteção ao empregado, já que este possui liberdade e autonomia privada em contratar ou não a cessão limitada de sua imagem.

O julgado do TRT da 9ª ratifica além da violação do direito à imagem caracterizada pela ausência da autorização do titular e a respectiva reparação, quanto aos prejuízos de ordem moral, material ou ambos, a possibilidade de cláusula contratual relativa ao uso da imagem do empregado.

USO NÃO AUTORIZADO DA IMAGEM DO EMPREGADO EM PUBLICIDADE DA EMPREGADORA - INDENIZAÇÃO DEVIDA. Nos termos do inciso X do art. 5º da CF, "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" e, de acordo com o art. 20 do CCB, "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais". No caso, não há sequer alegação de que no contrato de trabalho se tenha incluído algum tipo de cláusula relativa ao uso da imagem do empregado e, ainda, a prova oral deixa claro que o empregado foi obrigado a fazer parte das publicidades da empregadora. Ademais, a violação do direito à imagem caracteriza-se justamente pela ausência da autorização do titular, podendo deste uso advir prejuízos de ordem moral, material ou ambos, concomitantemente. Sentença mantida. (TRT-9 12085200629905 PR 12085-2006-29-9-0-5, Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI, 6A. TURMA, Data de Publicação: 04/05/2012)

Destarte, afirma-se que quando a imagem do empregado for utilizada com fins, estritamente comerciais, será passível de indenização, quando inexistir autorização do obreiro como também a respectiva contraprestação prestação pecuniária, em virtude de um descumprimento contratual.

Sendo assim, havendo o desrespeito ao direito a imagem do empregado, haverá o cabimento de reparação, seja o ilícito originado na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual.

Contudo, na ocasião em que o empregador exija de seus subordinados o uso de camisetas promocionais de marcas comercializadas pelos seus fornecedores de forma não consentida pelo empregado, será configurada nítida ofensa ao direito de imagem do empregado.

Embora o empregado tenha sido contratado para atender as finalidades do empregador, não significa que estes deverão ser obrigados a usar fardamentos “recheados” de propagandas de terceiros, pois, de forma concomitante, estarão desempenhando a função para qual foi contratado e, ao mesmo tempo, servindo de “outdoor humano” para a lucratividade de terceiros.

Nesse passo, haver a reparação do dano à imagem do empregado nas hipóteses do empregador/terceiro se furtar em proceder com o pagamento ao empregado pelo uso da sua imagem e por haver ofensa de cunho moral e material, tendo em vista ao descumprimento do contrato de emprego, que, não raras vezes, se quer haverá a previsão da disponibilidade do uso da imagem do assalariado para fins comerciais de terceiros.

Portanto, inexistindo, expressamente, a previsão em contrato de emprego, de que o empregador utilizará da imagem de seu subordinado para servir de “garoto propaganda”, ou melhor, de “outdoor humano” a fim de propagar a marca de produtos de terceiros na indumentária laboral, haverá, com clareza solar, um afrontamento ao princípio da boa-fé contratual, da dignidade da pessoa humana e ao direito personalíssimo do empregado.

Contundo, não deverá prosperar qualquer ideia contrária à necessidade, veemente, de se obter, com antecedência tal autorização e o ajustamento quanto o valor do pagamento pelo seu uso, porque, se assim não for, haverá o enriquecimento sem causa do empregador e de terceiros estranhos a relação empregatícia, em

detrimento do esfacelamento do direito à imagem dos empregados, cujas consequências jurídicas são: a rescisão indireta do contrato de emprego, nos fundamentos do artigo 483 da CLT, “in verbis”, além da devida indenização pecuniária:

“Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

[...]

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

[...]

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

Nesse passo, e com base no caput do art. 483, será, então, devida a reparação integral para àqueles seres que vivem e/ou sobrevivem pelo seu trabalho, em uma relação empregatícia.

Assim, na hipótese do fornecedor tiver consentido com o empregador na forma de promover os seus produtos junto aos uniformes dos empregados, deduz-se ser uma afronta para o trabalhador, pois inexistente relação de emprego com aquele. A relação comercial existente é entre o dono do negócio, isto é, o empregador e o seu fornecedor.

Por conseguinte, tanto o empregador quanto o terceiro serão alcançados pelas normas trabalhistas, cuja responsabilidade será solidária, pois tendo em vista o caráter comercial e lucrativo dessa relação, salvo se a permissão prévia do obreiro e com a respectiva indenização fosse efetivamente concretizada.

Portanto, considerando-se que um dos objetivos do direito do trabalho é tutelar e respeitar os direitos dos empregados e, por conseguinte, a tutela dos direitos de personalidade, assim, na medida em que o empregador lesione um dos atributos dos direitos personalíssimo, haverá a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais e civis quanto à indenização por danos: patrimoniais e extrapatrimoniais.

Conquanto o ideal fosse o empregador, causador do dano, promover a reposição ao *status quo ante* do empregado, do lesado, que, diante da dificuldade do direito à imagem, espécie dos Direitos de Personalidade, haverá a conversão da reparação *in*

natura em reparar/compensar por equivalente pecuniário, tanto para os danos de conteúdo patrimonial quanto extrapatrimonial.

Com relação ao tema, o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se no sentido de validar a disponibilidade do exercício do direito de imagem do empregado, desde que o titular autorize a vestimenta com propaganda de terceiros, do contrário será passível de reparação civil, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DIREITO DE IMAGEM - USO DE CAMISETA PROMOCIONAL DAS MARCAS COMERCIALIZADAS PELO EMPREGADOR. Dá-se provimento a agravo de instrumento quando configurada no recurso de revista a hipótese da alínea c do art. 896 da CLT. Agravo provido. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DIREITO DE IMAGEM - USO DE CAMISETA PROMOCIONAL DAS MARCAS COMERCIALIZADAS PELO EMPREGADOR . O direito à imagem é um direito autônomo e compreende todas as características do indivíduo como ser social. Dessa forma, depreende-se por -imagem- não apenas a representação física da pessoa, mas todos os caracteres que a envolvem. O direito à imagem reveste-se de características comuns aos direitos da personalidade, sendo inalienável, impenhorável, absoluto, imprescritível, irrenunciável e intransmissível, vez que não pode se dissociar de seu titular. Além disso, apresenta a peculiaridade da disponibilidade, a qual consiste na possibilidade de o indivíduo usar livremente a sua própria imagem ou impedir que outros a utilizem. O uso indevido da imagem do trabalhador, sem qualquer autorização do titular, constitui violação desse direito, e, via de consequência, um dano, o qual é passível de reparação civil, nos termos dos artigos 5º, X, da Constituição Federal e 186 Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1311-65.2010.5.01.0020, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 24/04/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/05/2013)

Em análise ao julgado do TRT (1º Região) o entendimento estabelecido foi que simples ato do reclamante trajar camisas com logomarcas de fornecedores da empresa reclamada não implica em uso indevido da imagem do empregado, por constituir uniforme pelos empregados, o que não configura lesão ao patrimônio moral do obreiro, nem gera direito adicional ao trabalhador, nos fundamentos dos julgados abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO. USO DA IMAGEM DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Em se tratando de uso de imagem do empregado, o ato ilícito se configura com a utilização sem a devida autorização da pessoa ou, em havendo a autorização, de forma indevida (art. 20, do Código Civil). O ato de o reclamante simplesmente trajar camisas com logomarcas de fornecedores da empresa reclamada não implica em uso indevido da imagem do empregado. Tal hipótese constitui vestimento de uniforme pelos empregados, o que não gera direito adicional ao trabalhador. (TRT-1 - RO: 6644820115010016 RJ , Relator: Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, Data de Julgamento: 18/07/2012, Sétima Turma, Data de Publicação: 2012-07-27)

DANO MORAL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. UTILIZAÇÃO DE UNIFORME FORNECIDO PELO EMPREGADOR COM PEQUENO APLIQUE DE BANDEIRA DE CARTÃO DE CRÉDITO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE LESÃO À ÓRBITA DO PATRIMÔNIO MORAL DO OBREIRO PELA EXPLORAÇÃO DE SUA IMAGEM. A utilização pelo empregado de uniforme fornecido pelo empregador, contendo um pequeno aplique com a bandeira de um determinado cartão de crédito, por si só, não configura lesão à órbita do patrimônio moral do obreiro pelo uso indevido de sua imagem, sendo indevida a indenização postulada na peça vestibular. (TRT-1 - RO: 7127820115010057 RJ , Relator: Rogerio Lucas Martins, Data de Julgamento: 09/10/2012, Quinta Turma, Data de Publicação: 15-10-2012)

Contraditoriamente, em julgado mais recente, o mesmo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região, possui julgado diverso, por reconhecer devida a ofensa à norma constitucional.

USO DE IMAGEM. PROPAGANDA DE TERCEIROS ESTRANHOS AO CONTRATO IMPOSTAS PELA EMPREGADORA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. O fato do empregado não ser pessoa famosa não o exclui do direito previsto na norma constitucional (art. 5o., X), pois se sua imagem não tivesse qualquer valor comercial esta não estaria sendo utilizada como veículo de propaganda. Recorrentes: Solligaz Comércio de Peças e Aquecedores Ltda - Amoedo Wilson Luiz da Silva Recorridos: Os mesmos Relatora: Giselle Bondim Lopes Ribeiro I – RELATÓRIO (TRT-1 - RO: 5529420115010011 RJ , Relator: Giselle Bondim Lopes Ribeiro, Data de Julgamento: 05/11/2012, Nona Turma, Data de Publicação: 2012-11-13).

Sobre o tema, o julgado abaixo, conheceu e deu provimento ao juízo de que haverá, por consequências jurídicas, a devida indenização por uso da imagem do empregado, quando o empregador obriga o empregado a vestir fardamento com a aplicação de logomarcas de produtos de fornecedores, ou seja, quando inexistente a concordância suscitando o abuso do poder diretivo do empregador.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO POR USO DA IMAGEM. LOJA DE ELETRODOMÉSTICOS. UTILIZAÇÃO DE UNIFORME COM LOGOMARCAS DE FORNECEDORES. Caracterizada a divergência jurisprudencial, merece processamento o recurso de revista, na via do art. 896, "a", da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO POR USO DA IMAGEM. LOJA DE ELETRODOMÉSTICOS. UTILIZAÇÃO DE UNIFORME COM LOGOMARCAS DE FORNECEDORES. A determinação de uso de uniforme com logotipos de produtos comercializados pelo empregador, sem que haja concordância do empregado ou compensação pecuniária, viola seu direito de uso da imagem, conforme dispõe o art. 20 do Código Civil. Tal conduta evidencia manifesto abuso do poder diretivo do empregador, a justificar sua condenação ao pagamento de indenização, com fulcro nos arts. 187 e 927 do mesmo diploma legal. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 264100-25.2010.5.03.0000, Relator: Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA, Data de julgamento: 30/03/2011)

Assim, percebe-se que jurisprudência, ainda, não possui entendimento uniformizado e consolidado diante dessa temática, pois ora se posiciona no sentido de não haver

algum prejuízo à imagem do empregado, ora ratifica a concretização dos danos extrapatrimoniais advindos desse abuso de direito do empregador e por violar direito constitucional.

Nesse passo, Roxana Borges (2009, p. 574) corrobora com a inexistência de uniformidade jurisprudencial e doutrinária ao afirmar que há confusão ao tratar do tema, pois costumam atrelar à violação do direito à imagem a violação do direito à honra. Salienta que a redação do art. 20 da CC/2002 é ruim, na medida em que prevê que a pessoa pode proibir a publicação, exposição ou utilização da sua imagem, se esse uso atingir a sua honra, boa fama ou respeitabilidade ou se destinar a fins comerciais. O conflito perpassa nos julgados por encontrar decisões que neguem o dano extrapatrimonial por violação à imagem, por não ter sido identificado dano à honra ou à reputação, vinculando a necessidade que a violação do direito à imagem, para gerar dano extrapatrimonial, causasse dano à honra.

A lesão ao direito à imagem é independente, autônoma, gerando dano de per si. Se, além disso, houver ofensa à honra, importa para a extensão do dano e para o arbitramento, liquidação do *quantum* indenizatório. Quanto à violação do direito à imagem pode gerar dano patrimonial, porque o dano extrapatrimonial estará sempre presente. (BORGES, 2009, p. 574).

Salienta-se, em tempo, que os danos extrapatrimoniais são matéria típica do Direito Civil, com fundamento no art. 186, 953 e 954 do Código Civil e art. 5, X e XLI da Constituição Federal de 1988, e que, ainda, não raras vezes, há controvérsias quanto à definição da sua competência por conflitos decorrentes das relações de trabalho relativos a danos morais à Justiça do Trabalho e outras à Justiça Comum.

Marcus de Oliveira (2003, p.100) acrescenta que sendo a lide associada à relação de emprego, seja quando ocorre no curso do contrato de trabalho, seja no momento da rescisão, são de competência da Justiça do Trabalho.

Todavia, entende-se que o *quantum debeatur* da indenização deverá levar em consideração, o aumento da lucratividade que as sociedades empresárias obtiveram em função da utilização da imagem de seus empregados. Quanto ao dano extrapatrimonial, Maria Affornalli (2012, p. 79) enfatiza que:

O dano moral ou extrapatrimonial deverá ser compensado tendo-se em consideração dois aspectos: a gravidade do dano causado e a necessidade de desestimulação de práticas lesivas a direitos de personalidade [...]. Mais

uma vez, reafirma-se o caráter pedagógico ou sancionador da indenização, como forma de desestimular o uso ilícito da imagem.

Dessa forma, acrescenta-se que no tocante ao empregado, a moral atingida não perpassará apenas a esfera individual deste, que pelo conjunto valorativo e axiológico dos princípios constitucionais e justralhistas, haverá, também, ofensa à sociedade que é construída e reconstruída pela classe trabalhista.

Assim, quanto ao cerne do estudo, infere-se que a inserção de propagandas de terceiros, estranhos à relação empregatícia, nas indumentárias de trabalho dos empregados, como forma de auferir maior lucratividade para o negócio do empregador e dos fornecedores, conseqüentemente, depreciará, sim, a figura do empregado, quando estes não anuírem em usar uniforme ou camisa promocional das marcas comercializadas no estabelecimento empresarial, vez que repercutirá em reparação integral.

Destarte, havendo a utilização indevida do uso da imagem do empregado para fins comerciais repercutiram nas devidas conseqüências jurídicas, em prol do mais vulnerável da relação empregatícia, como forma de coibir práticas nas quais a usurpação não se limita apenas ao esforço físico destes, mas também ao seu direito personalíssimo de imagem.

5 CONCLUSÃO

A evolução histórica-constitucional do direito de imagem, desde a Constituição Imperial de 1824 até a presente Carta Magna de 1988, evoluiu, positivamente, quanto ao grau de proteção normativa e principiológica.

Avançou-se da inexistência de proteção constitucional do direito de imagem, da compreensão, implícita, de que este direito restringia-se apenas ao âmbito domiciliar, até a tutela constitucional de direito de personalidade, ao determinar a sua inviolabilidade, sob pena de reparação. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, expressamente, elencou as espécies de proteção à imagem: retrato, atributo e voz.

Nesse passo, a proteção ao direito de imagem fortaleceu-se com a previsão infraconstitucional do Código Civil de 2002, que consagrou um capítulo aos direitos da personalidade, admitindo a sua utilização, desde que autorização ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Contudo, diante da conjuntura neoliberal, do sistema capitalista de produção e dos avanços tecnológicos, o direito a imagem, semelhantemente, a outras espécies dos direitos da personalidade, transformou-se em alvo de exploração e desrespeito, tornando-se objeto de estudo e pesquisa.

Nesse contexto, o trabalho perpassou pela análise desse direito dentro do âmbito laborativo, vez que, na sociedade atual, não é incomum deparar-se com a exploração indevida da imagem de empregados, em virtude da ambição desenfreada pelo alcance potencializado da mais valia dos empregadores.

Considerando-se que o direito a imagem é qualificado ao status de direito fundamental, da personalidade, cuja base está pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o trabalho acadêmico primou por invocar tais valores, visando assegurar uma análise não apenas legalista, mas principiológica.

Assim, ao perceber que no ordenamento constitucional, em vigor, há tutela ao direito a imagem, emergiu-se a compreensão de que, no “mundo do trabalho”, tal direito, planava pela inobservância dessa proteção.

Afora os aspectos e características, já traçadas no trabalho, sobre o poder empregatício do empregador, cujas espécies tornaram, em seu imaginário, não raras vezes, seres superiores e sem limites em face dos seus subordinados, sendo capaz de cometer excessos e atos abusivos e ilícitos.

No tocante ao direito a imagem, construiu-se a compreensão de que o empregador, em face do contrato de emprego, legalmente constituído, e, em face do seu poder empregatício, torna-se lícita a exigência quanto ao uso de uniforme no ambiente de trabalho, com o intuito de padronizar o vestuário de seus subordinados, com fulcro normativo da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 458, §2º, inciso I.

Nesse aspecto, a CLT foi explícita sobre a licitude de tal exigência, mas não se posicionou quanto a cessão para a utilização da imagem dos empregados. Todavia, pode-se perceber, no decorrer da exposição do trabalho, que a proteção ao direito à imagem encontrou-se amparo constitucional e infraconstitucional.

Os fundamentos utilizados nesta pesquisa fazem comprovar que há uma lacuna normativa na CLT quanto à proteção, explícita, do direito de imagem dos empregados.

A finalidade desse trabalho transcorreu pela pesquisa e reflexão sobre as situações em que empregadores, em excesso de poderes que constituem a relação de emprego, principalmente, o diretivos, exigem que seus empregados utilizem uniformes, não apenas como o intuito de veicular a marca de seus próprios produtos, mas, concomitantemente, aproveitem-se do corpo e vestimenta do obreiro para realizar a publicidade das marcas e produtos de seus fornecedores.

Compreendeu-se pela licitude quanto a exigência pelo uso de uniformes para a promoção de suas marcas e produtos, que por consequência, tal autorização alcançaria também aos interesses do grupo econômico, por entender que os interesses econômico de ambos são convergentes, pela tese de único empregador. Sendo assim, os empregados, diretamente ou indiretamente, possuem interesse direto pelas vendas das mercadorias comercializadas pelo seu patrão, na medida em que lhes proporcionariam certa “empregabilidade” no posto de trabalho.

Nessa análise, não suscitaria dúvidas sobre a legalidade dessa prática, pelos fundamentos justralhista, nas hipóteses do uso da sua imagem para fins

comerciais de seu empregador, dentro do estabelecimento comercial, inferiu-se pela legalidade da autorização implícita por parte do empregador.

Contudo, se o uso da imagem do empregado para fins comerciais do empregador, referir-se a exposição externa, faz-se necessária à autorização e o pagamento pelo serviço de “modelo”, como ocorrem com os profissionais da área, tendo em vista a relativização do direito a imagem (natureza econômica).

Por tais motivos, construiu-se o entendimento de que se o objetivo da campanha publicitária, veiculada no fardamento dos empregados, refletir sobre os produtos e marcas de fornecedores do empregador, cuja autorização (cessão) pela utilização limitada da imagem do obreiro inexistir, haverá nítida ofensa ao direito fundamental.

Ademais, em que pese não haja, Consolidação das Leis de Trabalho, previsão de emprego, sobre a utilização limitada e para fins lícitos da imagem do empregado, mas tão somente em legislação extravagante, ousa-se pela indicação da aplicação, analógica, das normas previstas na: Lei nº 12.395/11, Lei de Direitos Autorais nº 9.610/98 e do Código Civil de 2002, nas quais preveem, através de ajuste contratual, a autorização e a fixação de direitos pecuniários.

Ora, analisou-se que se é admitindo a sua utilização devida do direito da imagem do sujeito, esta mitigação do caráter indisponível, será concretizada desde que prescindida de autorização e da devida contraprestação pecuniária, pois do contrário, o ser que vive pela venda da força de trabalho, será qualificado a coisa, objetos ou instrumento de publicidade, em “outdoor humano”.

Assim, indubitavelmente, o empregado que realiza a publicidade de marcas e produtos dos fornecedores de seu empregador, através de seu fardamento, sem exercer o seu direito de dispor, expressamente, pela cessão ou não de sua imagem para fins comerciais de terceiros, estranhos a relação jurídica empregatícia, encontrará amparo legal e constitucional para coibir e rechaçar o exercício ilimitado dos poderes do empregador.

Portanto, ensejadora das adequadas consequências jurídicas, na medida em que haverá a aplicação do instituto da responsabilidade civil solidária e reparação integral, pelos fundamentos do enriquecimento sem causa dos detentores do capital – empregador e fornecedores, em detrimento do empregado, que diante do exército

industrial de reserva, busca “conservar” o seu emprego, mesmo que lhe custe a mitigação (in) consciente de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTR, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional da Própria Imagem**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Recurso Ordinário nº 00209-2006-020-05-00-4 RO, 2ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, data de julgamento: 20 de março de 2007. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=1121&anoTst=2005&varaTst=20&trtTst=05&seqTst=00&consulta=Consultar>> Acesso em: 22 de set. de 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2008. _____ . São Paulo: 8. ed. São Paulo: LTR, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da Personalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BORGES, Thiago. Boa-fé nos Contratos: Entre a fonte e a solução do caso concreto. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Editora JusPODIVM, v.04, jul./dez. 2009, p. 125-159.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Direitos de personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional. *In*: DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil – Série Grandes Temas de Direito Privado**. São Paulo: Método, 2009, p. 557-582.

_____. Contrato de Licença de Uso de Imagem. *In*. PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Novas Figuras Contratuais**. São Paulo: LTR, 2010, p. 235- 244.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Rio de Janeiro, RJ, 9 de maio de 1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 de set. de 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 de set. de 2013.

_____. Lei nº 12.395/11, de 16 de março de 2011. Institui normas gerais sobre desporto. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 17 de março de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12395.htm>. Acesso em: 07 de mai. de 2014.

_____. Lei nº 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998. Institui sobre direitos autorais. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 07 de mai. de 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR: 1586-23.2010.5.04.0281, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 12.06.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1586&digitoTst=23&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0281> . Acesso em: 07.05.2014.

_____. Tribunal Superior da Justiça. **Súmula nº 37**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm . Acesso em: 15 de nov. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 129**. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm . Acesso em: 22 de nov. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 205**. (cancelada). Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm . Acesso em: 22 de nov. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. ERR-19-66.2012.5.03.0037, SBDI-I, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, Data do Julgamento: 10.10.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=19&digitoTst=66&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0037> . Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR: 1311-65.2010.5.01.0020, SBDI-I, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, Data do Julgamento: 24.04.2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1311&digitoTst=65&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0020> . Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 264100-25.2010.5.03.0000/TST-RR, 3ª Turma, Relator Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA, Data de julgamento: 30/03/2011. Disponível em: □ <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=264100&digitoTst=25&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0000>. □ Acesso em: 22 de set. de 2013.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo do trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. rev. ampliada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

CIÊNCIA. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v.42 (verbete: "imagem").

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego proposta da subordinação potencial**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região) Recurso Ordinário nº 00173-2007-073-03-00-6, 1ª Turma, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, data de julgamento: agosto de 2007. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/consulta.htm> >. Acesso em: 15 de nov. de 2013

_____. _____. Recurso Ordinário nº 1220.2010.5.03.0013. Relatora: Des. Taísa Maria Macena de Lima, data de julgamento: 07 de maio 2003. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/consulta.htm>>. Acesso em: 15 de nov. de 2013

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho (9ª Região) Recurso Ordinário nº 162-2009-7-9-0-0, 4 Turma, Relatora: SUELI GIL EL-RAFIHI, data de julgamento: 18.03.11, Disponível em: < http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SABaAAC18FAAB>. Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. _____. Recurso Ordinário nº 12085-2006-29-9-0-5, 6 Turma, Relatora: SUELI GIL EL-RAFIHI, data de julgamento: 30/04/2012, Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21580959/12085200629905-pr-12085-2006-29-9-0-5-trt-9>>. Acesso em: 25 de out. de 2013.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho (6ª Região). Recurso Ordinário nº 1167200500206000-pe-200500206000 RO, Relator Valdir José Silva de Carvalho, data de julgamento: 12 de maio de 2011. Disponível em: < <http://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5185146/recurso-ordinario-ro-1167200500206000-pe-200500206000>>. Acesso em: 15 de nov. de 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 4ª ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Recurso Ordinário nº: 7616920115010009, 3ª Turma, Relator: Patricia Pellegrini Baptista Da Silva, Data de Julgamento: 12/11/2012, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=7616920115010009>>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

_____. _____. Recurso Ordinário nº: 5529420115010011, 9ª Turma, Relatora: Giselle Bondim Lopes Ribeiro, data de Julgamento: 05/11/2012, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=5529420115010011>>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

_____. _____. Recurso Ordinário nº: 6644820115010016, 7ª Turma, Relator: Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, data de Julgamento: 18/07/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=5529420115010011>>. Acesso em: 01 de dez. de 2013.

_____. _____. Recurso Ordinário nº 7127820115010057, 5ª Relator: Rogerio Lucas Martins, data de Julgamento: 09/10/2012, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=5529420115010011>>. Acesso em: 01 de dez. de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). Acórdão nº 54.877/06-PATR - SP, Relator Manoel Soares Ferreira Carradita, data de julgamento: 24 de novembro de 2006. Disponível em: <www.nacionaldedireito.com.br>. Acesso em: 23 de set. de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). RO nº 1359/2002.066.25.00.4. Relator: Ministro Francisco Alberto da Mota P. Giordani, 3ª Turma, DEJT, Pub. 20/04/2006). Acesso em: 24 de jan. de 2014.

SAN TIAGO DANTAS, F.C. Programa de Direito Civil: teoria geral. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. ver. atual. e ampl.: 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Proteção Constitucional à Imagem do Empregado e da Empresa. **Gênesis: Revista de Direito do Trabalho**, v.21, n.123, p.369, mar.2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHIAVI, Mauro. Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Fernando Borges. Os poderes e limites do empregador. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, nº 76, 2013, p.84-85.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3º ed. São Paulo: LTR, 2005.