

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Priscila Klauss de Borba Jarré

A (I)LEGALIDADE DO USO DA IMAGEM DO EMPREGADO EM
FACE DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Carazinho
2012

Priscila Klauss de Borba Jarré

A (I)LEGALIDADE DO USO DA IMAGEM DO EMPREGADO EM
FACE DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Felipe Cittolin Abal.

Carazinho

2012

Ao meu amor, Tiago, pela compreensão, incentivo e carinho, que com seus abraços conseguia amenizar os momentos de desânimo pelos quais passei nesta etapa.

AGRADECIMENTOS

A Deus,
onde sempre busquei e encontrei conforto e persistência.

Aos meus pais e às minhas irmãs,
pelo incentivo e amor incondicional.

Ao meu esposo,
pelo amor, paciência e compreensão nos momentos em que me fiz ausente.

Ao meu orientador Felipe Abal,
pelo apoio, dedicação e disposição em todos os momentos deste trabalho.

Aos colegas Luma, Larissa, Gabriela e Júnior,
que compartilharam comigo todos os momentos dessa jornada,
tornando os meus dias acadêmicos mais prazerosos.

Aos professores da Faculdade Direito,
que de alguma maneira contribuíram para a realização deste trabalho,
em especial aos professores José Mello de Freitas e Felipe Cittolin Abal,
que despertam em mim o amor pelo Direito do Trabalho.

Aos meus amigos,
pelas palavras de incentivo,
assim como pela compreensão do meu afastamento nestes dias de pesquisa.

RESUMO

O presente estudo monográfico tem como objetivo abordar o uso da imagem do empregado sob o aspecto do poder de comando do empregador, assimilando os direitos fundamentais, sobretudo o direito de imagem, conferidos pela Constituição Federal de 1988. Dada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se analisar a legalidade ou ilegalidade do uso de imagem do trabalhador nas hipóteses em que não há consentimento para tanto, bem como a possibilidade de indenização em virtude do uso ilegítimo da imagem daquele. Justifica-se a abordagem do presente assunto em virtude de posicionamentos contraditórios em relação ao direito de uso da imagem pelo empregador, visto que há posicionamentos referindo que o mencionado direito está implícito no contrato de trabalho, ao passo que outra corrente defende a indisponibilidade do direito de imagem do trabalhador, em virtude de que trata-se de direito personalíssimo.

Palavras chave: Direito do Trabalho. Direito de personalidade. Direito de imagem. Poder diretivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DO SURGIMENTO E DO ENTENDIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO COMO MEIO DE PROTEÇÃO.....	9
1.1 Considerações históricas acerca do Direito do Trabalho.....	9
1.2 A perspectiva do Direito do Trabalho como instrumento protetivo dos trabalhadores.....	14
1.3 A evolução e a função dos direitos fundamentais no âmbito do Direito do Trabalho.....	20
2 A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE NO CONTRATO DE TRABALHO.....	25
2.1 Dos direitos fundamentais e de personalidade: um estudo crítico-conceitual.....	25
2.2 As prerrogativas do contrato de trabalho: direitos e deveres do empregado e empregador.....	32
3 O DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL EM FACE DA VIOLAÇÃO DOS DIREITO DE PERSONALIDADE DO TRABALHADOR.....	40
3.1 A imagem do trabalhador como direito de personalidade.....	40
3.2 O poder diretivo do empregador e a divulgação da imagem do empregado.....	44
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso analisa a problemática que envolve o uso ilegítimo da imagem do empregado pelo empregador em decorrência do poder diretivo deste. O estudo será realizado com base nos dispositivos constitucionais referentes aos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente os direitos de personalidade, bem como o direito de poder de comando do empregador.

A realização do presente estudo justifica-se em virtude do reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Contudo, a força normativa dos direitos fundamentais não tem sido eficaz, haja vista o considerável número de demandas trabalhistas ensejando o reconhecimento desses direitos.

A dignidade da pessoa humana é afirmada como pilar do Estado democrático brasileiro. **Em** razão disso, os direitos fundamentais da pessoa devem predominar absolutamente, mesmo que outra espécie de direito venha a sucumbir, visto que a preocupação maior do Estado é com o homem.

Desse modo, considerando que o trabalhador não perde sua condição de pessoa humana em virtude de estabelecer uma relação de emprego, deve ser reconhecido como tal, e os seus direitos inerentes de pessoa devem ser observados.

Embora o poder diretivo do empregador seja igualmente reconhecimento como um direito pelo ordenamento jurídico pátrio, o mesmo sistema jurídico impõe regras e princípios que visam afastar qualquer espécie de abuso decorrente do poder concedido.

Com isso, espera-se que os direitos inerentes à pessoa do trabalhador sejam observados e respeitados, afastando o poder de império abusivo derivado da hierarquia estabelecida em virtude do contrato de trabalho.

É imprescindível que no âmbito trabalhista haja eficácia das normas de direito fundamental, visto que a existência de preceitos que reconheçam os direitos fundamentais e que garantam uma esfera de liberdade protegida pela Constituição Federal frente aos socialmente potentes, faz acreditar na igualdade de todos perante o Estado.

Por isso, a presente pesquisa abordará, através de um estudo consistente, a problemática do limite do poder intra-empresarial no tocante ao uso da imagem do

trabalhador, tecendo aspectos sobre a questão da necessidade de anuência da difusão da imagem, bem como sobre os entendimentos acerca de estar implícito ou não no contrato de trabalho o direito de divulgação da imagem do empregado.

Será utilizado o método dedutivo de abordagem, utilizando-se de procedimento bibliográfico e jurisprudencial.

O primeiro capítulo abordará o surgimento do Direito do Trabalho como meio protetivo dos empregados, a origem histórica e a evolução do referido ramo de direito. Ainda assim, será analisada a correlação entre o Direito do Trabalho e a evolução dos direitos fundamentais instituídos pela Constituição de 1988.

Em seguida, será tratado sobre o direito de personalidade como um desdobramento dos direitos fundamentais, abarcando a conceituação dessa espécie de garantia fundamental, não deixando de criar um vínculo destes direitos com as prerrogativas inerentes ao contrato de trabalho, especialmente sobre o poder diretivo do empregador e a preponderância da boa-fé nas relações de emprego.

Ainda assim, será exposto que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, concede de forma ampla às pessoas o direito de inviolabilidade dos direitos de personalidade, como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem. Igualmente, serão tratados os elementos de formação do contrato de trabalho, bem como os deveres e direitos de cada parte. Além disso, será abordado o direito de poder de comando do empregador, bem como os aspectos que compõem tal poder.

Após uma visão geral, será feita uma conexão entre uso indevido da imagem do empregado, decorrente do abuso do poder diretivo do empregador e ausência de boa-fé por parte deste.

Por derradeiro, serão colacionadas decisões jurisprudenciais contraditórias, no sentido de reconhecer ou não o direito de indenização quando violado o direito de imagem, mesmo nas hipóteses em que for ausente prova de que o trabalhador tenha sofrido algum tipo de abalo moral.

1. DO SURGIMENTO E DO ENTENDIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO COMO MEIO DE PROTEÇÃO.

A coletividade trabalhadora vem enfrentando há tempos um problema social a respeito da eficácia e da força normativa dos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador. A pesquisa em questão irá tratar dessa problemática.

1.1 Considerações históricas acerca do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho surgiu com o fundamento da necessidade de regular as relações entre empregador e trabalhador em virtude da desigualdade econômica entre as partes. Em correspondência a essa problemática tornou-se necessária a criação de normas e princípios com o intuito de equilibrar a relação de emprego. Assim, no Direito do Trabalho, a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes¹.

Em razão da necessidade de subsistência do trabalhador, a dependência econômica e a subordinação às ordens do empregador acarretam, por muitas vezes, no excesso de poder que exige do trabalhador o cumprimento de determinações abusivas. Em troca a essas atitudes arbitrárias surge o Direito do Trabalho para exercer, através de suas normas e princípios, a proteção devida àquele dito como hipossuficiente na relação de emprego.

Antes da Revolução Industrial o trabalho era basicamente escravo. Em virtude das necessidades de subsistência, cada grupo buscava uma forma de supri-las através do trabalho. Não há como negar a existência de trabalho humano naquela época, mas também não há como se falar em relação de emprego, pois não havia pagamento de salário, muito menos a contratação formal. A negociação era feita verbalmente, e a recompensa do trabalhador era a proteção política e militar².

¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. Ed. São Paulo: LTr., 2002. p.83.

² VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*. 3.ed. rev. e ampl. – Passo Fundo, 2009. p.23.

O extremo poder dos nobres sobre os servos culminou no êxodo para as cidades, causando um agrupamento de trabalhadores, que se uniam em defesa de seus direitos. A necessidade de fugir dos campos levava à concentração em massa de população nas cidades³.

O desgovernado crescimento da industrialização na França em meados do século XVIII trouxe a necessidade de mão-de-obra para suprir a demanda das fábricas. No entanto, a exploração do trabalho era feita de forma desumana, uma vez que os trabalhadores se sujeitavam às jornadas diárias de trabalho que duravam até dezoito horas, salários miseráveis que não atendiam às necessidades básicas do indivíduo, bem como crianças e mulheres que eram obrigadas a se submeterem a essas condições para auxiliar na renda familiar.

Na relação contratual estipulada entre o detentor de um poder e aquele que, por suas necessidades de subsistência, fica obrigado a aceitar as regras impostas por esse poder, não constitui, senão formalmente, uma relação jurídica; na sua essência, representa um fato de dominação⁴. Com isso, o poder das fábricas e indústrias era absoluto, norteando os frágeis trabalhadores ao rumo da submissão incondicional aos seus empregadores, configurando uma frágil e desigual relação de emprego. Isso tudo em razão da cega e capitalista busca pela riqueza e poder.

Com o histórico de excesso de poder surgiu o Liberalismo, que pregava a maximização dos princípios de liberdade e igualdade. Para os capitalistas, que detinham o poder naquela época, era importante manter a ideia da existência de direitos de igualdade e liberdade do homem trabalhador, com o intuito de garantir o desenvolvimento econômico. No entanto, o direito à igualdade e à liberdade eram abstratos, e isso pouco importava para os maiores da sociedade. O importante era que existisse formalmente, e a aplicação material desses direitos pouco interessava. Essa aplicação ficta dos direitos acarretava desigualdade econômica e coação econômica para os indivíduos⁵.

Com o intuito de extinguir essa forma de exploração do trabalho, a Revolução Industrial veio para satisfazer os anseios dos operários com a regulamentação dos seus direitos. A positivação se operou com a intervenção do Estado na criação de normas que visavam a proteção dos mais fracos. Com o surgimento do Estado social, que suprimiu o modelo liberal de Estado, adveio a característica daquele que é verdadeiramente preocupado

³ FERRAZ, Fábio. *A evolução histórica do Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucaohistorica.htm>> Acesso em 22 de setembro de 2012.

⁴ SUSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. – São Paulo: LTr, 2005. p. 07,08.

⁵ VECCHI, *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*. p. 33.

com a liberdade e a igualdade concreta, não apenas formal, como aplicava o antigo modelo de Estado⁶. Nessa época surgiram os primeiros atos normativos que materializaram os direitos sociais dos trabalhadores de maneira relativamente consagrada. Relativamente porque mais tarde verificou-se que o Estado social não estava preocupado em cumprir com suas ideologias iniciais, propagadas no momento de instalação.

Seguindo o raciocínio de que o Direito do Trabalho é um produto ou resultado do capitalismo, tem-se que este ramo do Direito fixou controles do sistema econômico da época da Revolução Industrial para aplicar medidas de civilidade nas relações de poder que envolvia empresa e trabalhador, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia⁷.

Na época em que o Direito do Trabalho foi tomando forma, ou seja, na Idade Moderna, a necessidade de criar um instituto jurídico que regulasse as relações de emprego era basicamente focada com o intuito de erradicar as atitudes abusivas e desumanas em que os trabalhadores eram submetidos, ainda com resquícios de escravidão e serventia. Nos dias de hoje, as jornadas de trabalho com duração de oito horas diárias, a obrigatoriedade de um contrato de trabalho formal, o direito a um salário satisfatório, são questões corriqueiras e ordinárias, que não cabem mais discussões acerca da validade disso ou não. Já são sedimentadas como direitos básicos do trabalhador. Entretanto, para aquela época de transformação socioeconômica, essas questões foram o motivo para o surgimento e positivação do Direito do Trabalho⁸.

Tendo em vista toda essa situação deplorável e subumana de trabalho e vida em que os empregados eram sujeitados é que pensadores, a Igreja e alguns políticos envolvidos com a causa dos trabalhadores, começaram a contestar essa situação, e ajudaram a influenciar os trabalhadores a se unirem e a tomar consciência de que aquela situação péssima atingia justamente os seus interesses. “Assim, acabaram ganhando a chamada “consciência de classe” e uniram-se em sindicatos, embora proibidos legalmente, passando, por meio de ações coletivas, a pressionar e postular mudanças”⁹. A greve tornou-se o principal instrumento dos trabalhadores para impor limites aos abusos cometidos pelos empregadores, absolutos detentores de poder.

⁶ VECCHI, *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*. p. 40.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2010.p. 81.

⁸ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*. p. 87.

⁹ VECCHI, *Noções de Direito de Trabalho: um enfoque constitucional*. p. 30.

Em âmbito geral, começaram a aparecer leis, ainda que de forma tímida, com o intuito de limitar a autonomia de vontade nos contratos de trabalho. A exemplo disso, as primeiras leis trabalhistas apareceram na Europa, como em 1802 na Inglaterra que proibia o trabalho noturno para menores e reduzia a sua jornada diurna para 12 horas; em 1813 na França foi proibido o trabalho de menores nas minas; em 1919, com o fim da Primeira Guerra Mundial surgiu o Tratado de Versalhes, que criou a OIT – Organização Internacional do Trabalho. A criação de uma legislação internacional do trabalho foi um resultado das reflexões sobre o custo que a humanidade estava sofrendo em face da Revolução Industrial¹⁰.

No Brasil, o surgimento de leis trabalhistas se deu principalmente por influência dos países da Europa, que estavam em um momento de significativas mudanças e alterações nas relações de trabalho em virtude da Revolução Industrial. Outro fato importante que fez com que o Brasil passasse a elaborar leis trabalhistas foi ter ratificado o Tratado de Versalhes e o ingresso na Organização Internacional do Trabalho, e, com isso, se comprometeu a observar normas de caráter trabalhista¹¹.

No âmbito de influências internas para criação de uma legislação trabalhista no Brasil, tem-se o fato do movimento operário, no qual a greve era o principal instrumento utilizado por imigrantes anarquistas. Outra importante influência para o Direito do Trabalho no Brasil foi Getúlio Vargas, conhecido como “pai dos pobres”, um grande defensor dos trabalhadores, que criou várias leis trabalhistas e sociais¹².

As primeiras leis ordinárias surgiram no final de 1800 e início de 1900. Em 1891 foi criada uma lei que regulamentava o trabalho de menores; em 1903 foi positivada a organização de sindicatos rurais. Após, em 1907, foi regulamentada a questão dos sindicatos urbanos. As férias em 1925; 1936 o salário mínimo; em 1939 a Justiça do Trabalho¹³.

Nessa época, a relação de emprego era relevante apenas no segmento agrícola cafeeiro e na emergente industrialização que avançava no Estado de São Paulo e Distrito Federal, na época Rio de Janeiro¹⁴.

Essa fase foi a verdadeira oficialização do Direito do Trabalho no Brasil, na qual o Estado intervencionista, voltado para a questão social, implementou um conjunto de ações,

¹⁰ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p.31.

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27ª. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 45.

¹² NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*. p.46.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 52.

¹⁴ DELGADO, *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relações de emprego*. p. 53.

que de um lado repreendia manifestações dos movimentos operários, e de outro lado, instaurava um novo modelo de organização do sistema justralhista, no qual várias áreas de atuação seriam abarcadas, como o sistema de solução judicial de conflitos trabalhistas, o sistema previdenciário que teve nova estrutura com a ampliação e reformulação das antigas Caixas de Aposentadoria e Pensões, a criação de novos institutos de aposentadorias e pensões, abrangendo categorias específicas e com âmbito nacional, a normatização federal dos sindicatos, que criou uma estrutura sindical oficial, reconhecida pelo Estado e compreendido como órgão colaborador deste¹⁵.

Diante de todas essas alterações e criações, o modelo justralhista tomou forma e reuniu a legislação trabalhista existente e a ampliou, dando origem a uma nova obra legislativa, a Consolidação das Leis do Trabalho, com o Decreto-Lei número 5.452 de 1º de maio de 1943. A CLT teve a função de reunir as normas relativas ao Direito do Trabalho já existentes, não criou novas normas. Em virtude disso, com o passar do tempo, a CLT se tornou obsoleta, considerando que as relações de trabalho foram alteradas à medida que novos parâmetros de proteção aos trabalhadores eram buscados e estabelecidos, principalmente pelas organizações sindicais e negociações coletivas, setores que a CLT não abrangeu¹⁶.

Após a elaboração da CLT novas normas trabalhistas foram promulgadas, como a lei do repouso semanal remunerado (em 1949), o décimo terceiro salário (em 1962), Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, Lei de Greve, entre outras¹⁷.

A instabilidade dos direitos trabalhistas adveio com o golpe militar de 1964, acarretando no arrocho salarial, restrições ao direito de greve que visavam direito individual do trabalho, obstaculizando assim o direito coletivo de trabalho¹⁸.

A Constituição Federal de 1988 redemocratizou o país, inovando com uma série de direitos trabalhistas com caráter de direito fundamental, na qual também se pôde perceber uma considerável melhora na posição dos sindicatos, que foram desatrelados do Estado¹⁹.

A Assembleia Nacional Constituinte, organismo que deu origem à Carta Magna de 1988, tinha a premissa de consolidar a democracia e trazer à tona as reivindicações da

¹⁵ DELGADO, *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relações de emprego*. p. 59.

¹⁶ NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*. p. 47.

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 44.

¹⁸ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p.41

¹⁹ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 48.

sociedade brasileira, alterando os princípios políticos, econômicos e sociais da Nova República²⁰.

Com efeito, a Carta de Direitos de 1988 trouxe coerência e efetividade do princípio da isonomia, que é a sua marca pronunciada, que trata de forma igualitária os trabalhadores rurais e urbanos, estendendo esse direito também aos trabalhadores avulsos, bem como expandiu os direitos relativos à empregada doméstica e gestante²¹.

Assim, a significativa alteração dos direitos esculpidos na Nova Carta Republicana veio trazer segurança jurídica aos cidadãos brasileiros, principalmente no tocante aos direitos sociais que tratam da esfera trabalhista, da qual se pôde ver nascer uma relação, inicialmente, estável e coerente entre empregador e empregado²².

Pode-se afirmar então, que a Constituição Federal de 1988 apresentou um traço inovador, comparada aos demais Estados e até mesmo às antigas constituições e demais legislações ordinárias relacionadas ao assunto trabalhista no Brasil, com aspectos marcantes de direitos fundamentais inseridos no campo dos direitos sociais.

Alguns dispositivos da Carta Maior de 1988 de cunho geral são aplicáveis ao Direito do Trabalho, como o artigo 5º, LXXVII, §1º, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” No entanto, para uma efetiva aplicação dessa espécie de dispositivo foi e ainda é necessária a criação de normas infraconstitucionais, como a lei que instituiu o salário mínimo nacional, em 1989²³.

Entretanto, a Nova Constituição Federal não deixou de ser a Carta de Direitos mais importantes da história do Brasil, pois “firmou largo aspecto de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perde a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta.”²⁴ Com isso, são evidentes os reflexos dessa normatização dos direitos individuais e fundamentais que abarcam com muita força toda esfera trabalhista a partir da constitucionalização desses direitos.

²⁰ NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*. p. 48.

²¹ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*. p.121.

²² DELGADO, *Curso de direito do trabalho*. p.132.

²³ NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*. p. 51.

²⁴ DELGADO, *Introdução ao Direito do Trabalho*. p. 76.

1.2 A perspectiva do Direito do Trabalho como instrumento protetivo dos trabalhadores.

Como já exposto acima, o Direito do Trabalho surgiu em virtude do crescimento da sociedade industrial e o trabalho assalariado. Com efeito, as razões predominantes que ensejaram um mecanismo de proteção aos direitos trabalhistas foram os aspectos econômicos, políticos e jurídicos da época do capitalismo industrial.

Nessa época, não há que se falar em igualdade das partes no contrato de trabalho. A fome e a miséria eram fatores determinantes para assentar os empregadores em uma posição extremamente vertical em relação aos trabalhadores, pois a necessidade a que eram submetidos os obrigavam a aceitar qualquer condição e qualquer tipo de trabalho imposto pelos empregadores.

A lei da oferta e da procura era latente naquela época, pois o excesso de mão-de-obra disponível conduzia os trabalhadores a aceitar baixíssimos salários, longas jornadas de trabalho e ambientes detestáveis.

Com isso, o Liberalismo abstrato, que defendia uma liberdade e igualdade mitigada, foi perdendo força em face da consciência de classe que os trabalhadores passaram a ter, postulando por mudanças concretas e, não apenas uma liberdade e uma segurança jurídica ideológica, sem materialização²⁵.

A essência do Direito do Trabalho está inserida na regulamentação das relações empregatícias, em que estabelecer um mínimo de igualdade entre as partes é o pressuposto básico desse ramo do Direito. Contudo, não é uma tarefa fácil, pois o poder imperativo dos empregadores em face da necessidade de sobrevivência dos trabalhadores se torna um obstáculo para a efetivação do que se propõe a realizar o Direito do Trabalho, qual seja a paridade entre empregador e empregado²⁶.

Nos demais ramos do Direito como o Direito Civil, no qual os contratos pactuados entre os particulares são estabelecidos conforme suas próprias vontades, não há maiores problemas quanto à premissa de evitar uma disparidade entre os contraentes, pois se uma das

²⁵ VECCHI, *Noções de Direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 30.

²⁶ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*. p. 492.

partes entender que não lhe é satisfatório contratar com aquelas condições, poderá, sem óbice alguma, não contratar ou, procurar uma proposta que melhor lhe favoreça²⁷.

Entretanto, no Direito do Trabalho geralmente os contratos não possuem essa liberdade de aceitar ou não as cláusulas impostas, pelo menos para o trabalhador. Evidentemente isso ocorre pela situação de vulnerabilidade que o empregado se encontra frente ao empregador, que detém o poder econômico. Raras vezes essa situação é invertida, quando o profissional que se candidata à vaga de trabalho possui uma boa qualificação, a este lhe é dada a discricionariedade de escolher a empresa que melhor lhe remunere e ofereça as melhores condições para prestação do serviço²⁸.

Em análise aos artigos 2º e 3º da CLT, alcança-se a noção de que o contrato de trabalho é o instrumento jurídico utilizado pelas partes para formalizar um acordo de vontades vinculantes, no qual um dos contratantes se compromete a prestar um serviço de forma subordinada, não eventual e onerosa e, a outra parte tem o comprometimento de recompensar o trabalho realizado.

Na esfera do contrato civil, o instrumento utilizado pelos contraentes para formalizar um acordo de vontades tem a essência de fornecer liberdade para as partes, pois este tipo de contrato é submisso ao princípio da autonomia da vontade, uma vez que o que prepondera é a liberdade de contratar, se assim as partes quiserem, além de fixar o conteúdo do contrato. Não há hierarquia entre os contratantes, pois ambos ocupam sempre o mesmo nível de posição.

Infelizmente na esfera trabalhista não se pode verificar a mesma situação de paridade comparada à frequência com que é constatada no âmbito civil. O poder econômico do empregador, por muitas vezes, intimida o trabalhador a requerer a discussão das cláusulas do contrato de trabalho, conduzindo-o a uma espécie de contrato de adesão²⁹.

Entretanto, o contrato de trabalho não se restringe apenas a essa sistemática de prestar o serviço e este ser remunerado. A questão de o empregador estar em uma posição superior em relação indivíduo trabalhador faz gerar uma insegurança, pelo fato de que o poder econômico daquele que emprega torna o trabalhador o hipossuficiente da relação contratual estabelecida.

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 284.

²⁸ MARTINS, *Direito do Trabalho*. p.122.

²⁹ VECCHI, *Noções de Direito do trabalho: um enfoque constitucional* p. 391.

Antigamente a necessidade de meios protetivos ao trabalhador fez com que surgisse o Direito do Trabalho, que veio regular as condições deploráveis a que eram submetidos os trabalhadores, pois a necessidade deles era proteção contra os abusos praticados no tocante à exploração das jornadas de trabalho com intermináveis horas de duração, salários miseráveis e ambientes desprezíveis. Atualmente as necessidades dos trabalhadores se alteraram, tendo em vista a força normativa da Constituição de 1988 que incluiu os direitos dos trabalhadores à classe de direitos fundamentais. Todavia, o campo do Direito do Trabalho não se tornou um “mar de rosas” em virtude da institucionalização dos direitos fundamentais. Muitas são as deficiências dos trabalhadores frente ao poder de império dos empregadores, persistindo ainda as mesmas causas de abuso de antigamente, porém existem outras condizentes com a época atual, como o reconhecimento do assédio moral, por exemplo, problema esse não reconhecido antigamente como um direito de proteção ao trabalhador.

Ao longo dos anos, a democracia veio conquistando espaço na sociedade, não sendo mais possível tolerar determinadas atitudes arbitrárias e abusivas por parte de qualquer agente das esferas de cunho social, política ou econômica. Diante disso, mudanças na forma de organização das mais diversas classes (trabalhista, feminina, *etc*) foram acontecendo fluentemente, com o escopo de estabelecer igualdade de direitos, mesmo que timidamente. A exemplo disso tem-se a institucionalização da CLT no campo do Direito do Trabalho, e o direito ao voto para as mulheres, adquirido por intensas manifestações feministas e atos de coragem na década de 30, onde a vontade feminina de participar das eleições era uma afronta³⁰.

Hoje em dia, a subordinação do empregado em face do contrato de trabalho entabulado entre as partes é admitida apenas no sentido de integralizar os atos do trabalhador às exigências ao fim a que se propõe a empresa. A subordinação, sob a perspectiva da letra fria do vocábulo, é inexoravelmente impugnada pela legislação atual. Corroborando essa ideologia é o princípio da indisponibilidade, que veda a renúncia dos direitos mínimos do trabalhador a qualquer título³¹.

Sob esse aspecto de hipossuficiência do trabalhador, conclui-se que, face ao poder diretivo do empregador, decorrente do poder econômico, são impostas injustiças e abusos sobre o obreiro, obrigando-o a aceitar disposições contratuais que lhes sejam desfavoráveis. Entretanto, não se pode generalizar. Não são poucas as empresas com responsabilidade social

³⁰ NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*. p.53.

³¹ VECCHI, *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*. p. 276.

e que respeitam e dão eficácia aos direitos conferidos aos trabalhadores. Contudo, ainda existe a ideia, porém não sem fundamento algum, de que os empregadores são descomedidos em suas atitudes arbitrárias e abusivas. É o reflexo do tratamento dispensado aos trabalhadores por centenas de anos. Em razão disso se deu a existência de tantos princípios que beneficiam os trabalhadores, como a primazia da realidade, da irrenunciabilidade, da norma mais benéfica, entre outros.

Outra questão pertinente que remete à necessidade de meios protetivos ao trabalhador é a valoração do lucro e o capital e a negação do homem, que vem de encontro ao que disseminam os direitos fundamentais, visto que assenta o empregado em um plano secundário. Uma maior atenção ao capitalismo e o tratamento indiferente ao homem trabalhador constitui um verdadeiro retrocesso e não a evolução, que é o que se busca com as inovações do mercado de produção e consumo³².

Nas relações de emprego, nas quais brotam conflitos entre aquele que detém o poder e aquele que deve se submeter às ordens, existe a pessoa humana do trabalhador, cuja dignidade deve ser preservada por meio de normas constitucionais e trabalhistas, acima de qualquer crise econômica que venha a ser gerada em resultado de concorrências cruéis nesse mundo globalizado³³.

O alicerce dos princípios contidos na atual Constituição brasileira é o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encaixa perfeitamente ao que se propõe o Direito do Trabalho, que intenta a proteger o trabalhador, que não deixa de ser pessoa em virtude de ser empregado³⁴.

A necessidade de meios protetivos, especificamente ao trabalhador, surge em virtude da desigualdade das partes contratantes. Embora o contrato de trabalho emane da vontade das partes, é inegável a disparidade do empregado frente ao empregador, que detém o poder econômico e o poder diretivo, do qual pode sujeitar o trabalhador à tarefas e cláusulas contratuais arbitrárias³⁵. Apesar da hipossuficiência do empregado na relação de emprego, não se pode negar-lhe os direitos inerentes do indivíduo, positivados inclusive na Carta Magna nacional.

³²FREITAS, José Mello de; GEHLEN, Eunice (Coord.) *Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2003. p. 132.

³³FREITAS, *Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização*. p. 133.

³⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: LTr, 2011.p. 462.

³⁵RODRIGUEZ, *Princípios de Direito do Trabalho*. 2002. p. 177.

A criação do Direito do Trabalho teve seu escopo fincado na proteção daqueles que eram economicamente fracos e que prestavam serviços a um empregador soberano. Atualmente atua na busca por relações harmônicas entre os que prestam serviços e aqueles que empregam, assim como estabelecer uma plataforma de direitos básicos³⁶.

A fim de que sejam preservados os direitos inerentes ao trabalhador é que foram criadas as leis, e para dar suporte a essa proteção tem-se a utilização dos princípios do direito, que cumprem com sua função de orientar, mas também de integrar as lacunas deixadas pelo legislador³⁷. Desse modo, os princípios exercerão a função de completar a norma obscura, ou “serão aplicados à falta de disposições legais ou contratuais”³⁸.

Conforme dispõe o artigo 8º da CLT, os princípios aplicados ao Direito do Trabalho tem o propósito de assegurar que nenhum interesse particular ou de classe se sobreponha ao interesse público, estando acima, inclusive de normas infraconstitucionais. Pois do contrário, estaria infringindo a unidade do ordenamento jurídico, que preserva os princípios constitucionais acima da legislação infraconstitucional.

Considerando que os direitos sociais, incluídos nos direitos fundamentais da Carta Maior de 1988, englobam o Direito do Trabalho, não há como o julgador aplicar apenas as normas infraconstitucionais, ou seja, aquelas contidas na CLT, pois o Direito do Trabalho, por força de vários artigos da Constituição Federal, se vincula aos princípios constitucionais. Como exemplo de meios de proteção trazidos pela Constituição Federal dispensados ao trabalhador é o inciso II do artigo 5º: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” Da mesma forma interpreta-se o inciso X do mesmo artigo: “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 também princípios específicos no âmbito do Direito do Trabalho que visam a proteção do trabalhador, como o princípio da primazia da realidade, no qual há valoração da efetividade dos fatos, da prestação efetiva do serviço, acima de qualquer documento que possa prejudicar o empregado; o princípio da condição mais benéfica, que decorre da noção do dispositivo constitucional acerca do direito adquirido, que concede a inafastabilidade das condições benéficas já incorporadas ao contrato de trabalho; e também o princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade que veda a renúncia ou negociação de direitos

³⁶LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista*. 13. ed. – São Paulo: LTr, 2010. p. 32.

³⁷RODRIGUEZ, *Princípios de Direito do Trabalho*. p. 177.

³⁸NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*. p. 115.

considerados como básicos para o trabalhador³⁹; assim como o princípio da proporcionalidade que é utilizado como mecanismo de solução de conflitos que envolvam direitos fundamentais e valores humanos⁴⁰.

Assim, em virtude da desigualdade existente entre empregador e empregado é que se faz necessária a aplicação e institucionalização de meios que visem proteger o lado mais fraco e hipossuficiente dessa relação contratual, qual seja, o empregado. É inegável que face ao poder econômico que detém o empregador, o empregado fique exposto a uma situação vulnerável e desigual, aonde injustiças venham a lhe acarretar em prejuízos.

Em vista disso, um Estado Democrático de Direito como o Brasil não poderia ficar omissos quanto à proteção dos direitos inerentes aos trabalhadores, e por isso tem a incumbência de estabelecer normas e princípios que deem segurança jurídica àqueles que precisam de amparo, e para isso usa, invariavelmente, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

1.3 A evolução e a função dos direitos fundamentais no âmbito do Direito do Trabalho

Inicialmente se mostra necessária a definição precisa de direitos fundamentais, os quais versam sobre os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”⁴¹, que possuem caráter protetivo dos direitos do homem. Para que se possa abranger de forma clara o tema em questão, é relevante que se faça essa análise conceitual para que não haja ambiguidade de entendimentos, visto que há confusão quanto à terminologia dos direitos fundamentais e direitos humanos. Estes abordam direitos reconhecidos internacionalmente, através de declarações, convenções e tratados, os quais vinculam os Estados independentemente de ratificação por parte destes, ou seja, servem para todos os povos.

Realmente verifica-se a similitude dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, visto que o titular dos direitos fundamentais é o homem, mesmo que em certos casos haja a representatividade de entes coletivos. No entanto, a aplicação dos direitos

³⁹ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 278.

⁴⁰ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 269.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 41-42.

humanos depende da livre vontade de um Estado em recepcioná-los e adequá-los na individualização de seus direitos fundamentais positivados. Por outro lado, os direitos fundamentais de um país nascem e se desenvolvem dentro de sua Constituição⁴².

A Constituição Federal de 1988, em seus Capítulos I, II, III, IV e V, abrange as categorias de direitos fundamentais, quais sejam de cunho individual e coletivo, como os direitos sociais, os direitos políticos, regramento dos partidos políticos, nacionalidade, etc. Essas garantias fundamentais englobam as funções exercidas pelos direitos fundamentais, tais como o direito de liberdade, de defesa e igualdade, e aqueles de cunho prestacional, os quais envolvem os direitos sociais e políticos.

O Estado promove de forma positiva condições de vida aos mais frágeis e hipossuficientes que possibilitem a garantia de igualdade naquelas situações em que haja, inevitavelmente, desigualdade. Há, nesses casos, a formalização dessas garantias quando alcançam o direito de igualdade⁴³.

Há também a necessidade de mencionar a correlação existente entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual garante o dever de respeito e consideração do Estado e da coletividade a cada ser humano, tornando uma qualidade inerente de cada indivíduo. Desta forma, conclui-se que “os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa humana”⁴⁴. Em consequência disso, pode-se projetar a dignidade da pessoa humana individualizada, de certa forma, nos direitos fundamentais.

Cumprindo ainda ressaltar que os direitos fundamentais abrangem também as instituições, “detentoras de garantias fundamentais institucionais, quais sejam a maternidade, a família, liberdade de imprensa, entre outras. De certa forma, as instituições expandem indiretamente a proteção individual dos direitos e garantias fundamentais”⁴⁵.

O objetivo principal dos direitos fundamentais é garantir proteção à vida, à liberdade e da dignidade da pessoa humana. Como se vê, os direitos fundamentais assumem um caráter de proteção aos indivíduos.

⁴²SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 43.

⁴³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. – São Paulo: Malheiros, 2011. p. 285-286.

⁴⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.87.

⁴⁵MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2003. p. 62.

Assim como o caráter protetivo, os direitos fundamentais assumem também o papel de assegurar às pessoas, mediante a exigência ao Estado, recursos materiais essenciais a uma existência digna, como salário mínimo, assistência social, saúde e moradia⁴⁶. Não basta que seja apenas preservada a vida humana, em que o indivíduo apenas exista e preserve uma mera sobrevivência física, é necessário que a proteção atinja um padrão de sobrevivência digna.

É insuficiente que um Estado apenas dissemine a ideia de que existem direitos fundamentais em seu sistema pátrio. É preciso que seja material e evidente a aplicação desses direitos. Também é necessário que sejam caracterizados de forma real os direitos fundamentais contidos em uma Constituição. A simples analogia não é suficiente para garantir um direito fundamental. E uma forma de evitar que os direitos fundamentais estabilizem-se na ficção é caracterizá-los e formar conceitos do que sejam e abrangem esses direitos⁴⁷.

A título de exemplo, a Constituição Federal de 1988 dispõe materialmente de direitos fundamentais quando elenca o parágrafo segundo do artigo 5º. Isso evita que haja diversidade de entendimentos a respeito das garantias fundamentais, igualmente “impede que critérios abstratos sejam aplicados, que prejudica a verificação de uma identidade real e concreta daqueles direitos”⁴⁸.

Dessa forma, conclui-se que sendo reconhecida a existência de um sistema jurídico que aplica os direitos fundamentais, será possível e fundamental que posteriormente outras normas e conceitos possam ser integrados ao texto constitucional, devido às habituais mudanças que afloram no mundo⁴⁹.

Dessas alterações e transformações constantes que ocorrem no mundo, constata-se que os direitos fundamentais também sofrem mutações, tendo em vista que “existe a postulação de uma série de novos direitos que vão se configurando como necessários para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o que leva a que autores defendam a existência de outras dimensões desses direitos fundamentais”⁵⁰.

Os direitos fundamentais se classificam em cinco dimensões. Aqueles ditos de primeira dimensão englobam as questões de direitos e garantias individuais relacionadas ao

⁴⁶SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 77.

⁴⁷SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 81

⁴⁸SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 83.

⁴⁹SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 84.

⁵⁰VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 148.

direito político (liberdades públicas); os direitos fundamentais de segunda geração se referem a direitos econômicos, sociais e culturais como direito ao trabalho, seguro social, subsistência, amparo à doença, à velhice, etc.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão protegem os chamados direitos de solidariedade, “que englobam um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, a paz, a autodeterminação dos povos”⁵¹, entre outros.

A quarta dimensão dos direitos fundamentais abrange a questão do biodireito, que contempla os experimentos genéticos e a ética que envolve procedimentos médicos e biológicos, tratando da regulação das pesquisas e procedimentos médicos que envolvem transplantes de órgãos, fecundação *in vitro*, aborto, descriminalização do suicídio, homossexualismo, utilização de células genéticas, inseminação artificial, útero de aluguel, transformação de sexo, direito à morte, dentre outros⁵².

Integra a quinta dimensão dos direitos fundamentais o direito à paz, no sentido de “caráter universal e agregador da sociedade, harmonizando etnias de todas as culturas e sistemas, crenças e fé cujo respeito e preservação se impõem por conta do primado maior da dignidade da pessoa humana”⁵³.

Os direitos fundamentais relacionados aos direitos dos trabalhadores se enquadram na segunda dimensão, que trata dos direitos sociais, pois como já exposto acima, essa geração trata dos direitos relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Os graves problemas sociais e econômicos decorrentes do impacto da industrialização no século XIX geraram movimentos de reivindicação decorrentes da constatação de que a liberdade e a igualdade propagadas pelo Estado eram apenas formais, pois não havia eficácia desses direitos⁵⁴.

Esses direitos fundamentais de segunda geração englobam também as denominadas liberdades sociais, que em síntese se referem à liberdade de sindicalização, direito de greve, e demais direitos fundamentais inerentes dos trabalhadores como férias e repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, para citar apenas alguns exemplos.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 45.

⁵² FURTADO, Emmanuel Teófilo; MENDES, Ana Stela Vieira. *Os direitos humanos de 5ª geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho - Inércias, avanços e retrocessos na Constituição Federal e na legislação*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008. Brasília. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_335.pdf> Acesso: em 04 ago. 2012.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 591.

⁵⁴ SARLET, A *eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 47.

A maior parte dos direitos fundamentais sociais relacionados aos direitos dos trabalhadores é dirigida como meio de proteção contra os empregadores, tendo em vista a vulnerabilidade e subordinação a que são sujeitados os empregados frente ao poder econômico que lhes submetem a aceitar cláusulas e condições arbitrárias.

Em um contexto histórico, os direitos fundamentais tiveram seu surgimento em virtude da tensão existente entre Estado e cidadão pela contensão do poder. Já em um contexto mais moderno, a aplicação dos direitos fundamentais é uma necessidade em face da reação dos indivíduos nos conflitos entre estes e grupos econômicos, pois estes grupos privados de economia exercem um poder de fato muitas vezes maior do que a ameaça que um Estado pode provocar⁵⁵.

É viável referir que os direitos fundamentais vinculam tanto o Estado quanto os particulares ou sujeitos privados, pois os sujeitos passivos dos direitos fundamentais são aqueles que pertencem à relação que envolva o sujeito ativo ou o detentor de um direito fundamental. Por isso, pode-se dizer que tanto os particulares e os sujeitos privados, quanto os entes ligados ao poder estatal são parte de uma relação que envolva a aplicação de direitos fundamentais⁵⁶.

Faz-se necessário expor que os direitos fundamentais fazem parte da aplicação dos meios de proteção aos direitos dos trabalhadores, tendo em vista que os direitos fundamentais abarcam a questão de direitos sociais e direitos humanos no âmbito interno de legislação e aplicação das normas. Portanto, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam os direitos naturais do homem, reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado⁵⁷.

⁵⁵ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 164.

⁵⁶ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 216.

⁵⁷ MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. p. 21.

2. A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE NO CONTRATO DE TRABALHO

Considerando que os direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana, e que por isso, são ditos como um direito natural do homem, cabe ao Estado promover a proteção desses direitos, instituindo meios legais que alcancem a preservação da dignidade da pessoa contra violações cometidas por outros indivíduos.

2.1. Dos direitos fundamentais e de personalidade: um estudo crítico-conceitual

É de suma importância tratar a respeito do surgimento dos direitos fundamentais, o qual se deu em virtude da expansão do reconhecimento universal dos direitos do homem, ou seja, aqueles inerentes e tidos como básicos da pessoa humana, que fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca⁵⁸.

O reconhecimento dos direitos inerentes ao homem não se trata de uma imposição pela força de um poder político ou a mera criação de uma espécie de direito, tampouco é originário de algo aleatório na história da humanidade. O surgimento dos direitos humanos é decorrente de um conjunto de exigências que foram se acumulando e ampliando ao longo do tempo, e que se sucedem perenemente em virtude das mudanças constantes que acometem o mundo⁵⁹.

Como já mencionado acima, os direitos humanos têm sua positivação em documentos de direito internacional “por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter internacional”⁶⁰.

Enquanto isso, os direitos fundamentais possuem essa terminologia para qualificar os direitos humanos positivados por um determinado Estado em seu ordenamento jurídico interno. Cabe esclarecer que, embora haja uma diferenciação entre a definição de direitos humanos e direitos fundamentais, estes não perdem o caráter de direitos humanos, pois o

⁵⁸ GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 17.

⁵⁹ GORCZEWSKI, *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil*. p.18.

⁶⁰ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 29.

destinatário desses direitos sempre será a pessoa humana⁶¹. Em face disso, a doutrina reconhece a existência e a necessidade de diferenciar as duas espécies de direitos, em virtude da problemática que abarca essa questão no que tange à aplicação e interpretação de ambas as espécies referidas acima.

Utilizando-se do critério da positivação, os direitos fundamentais são aqueles que recebem de uma Constituição interna uma proteção mais incisiva e um nível mais categórico de garantia, tornando-os imutáveis ou de difícil alteração. Esses direitos também variam de Estado para Estado, pois são reconhecidos de acordo com a ideologia, a cultura e a modalidade de cada ente estatal⁶².

A característica principal dos direitos fundamentais é o respeito à dignidade do homem, o protegendo de condutas arbitrárias do poder estatal, e estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana⁶³.

No Brasil, os direitos fundamentais têm como principal fundamento a garantia dos direitos de defesa, no sentido de estabelecer limites ao poder político e privado.

O intuito na aplicação dos direitos fundamentais é basicamente exigir do poder público normas e condutas de caráter negativo, no sentido de evitar/proibir atitudes lesivas aos direitos básicos do cidadão, assim como reclamar o respeito ao poder de exercer os direitos fundamentais⁶⁴.

Todavia, há uma limitação também no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais, a fim de coibir a insubordinação do indivíduo ao Estado, garantindo, assim, que o Estado opere, contudo, dentro do limite imposto pelo direito⁶⁵.

A crescente atenção que tem sido dispensada aos direitos fundamentais se dá, sobretudo, em decorrência da noção cada vez mais significativa que se forma nas pessoas acerca desses direitos e ainda, à consciência que se tem a respeito da violação desses direitos. A preocupação com o reconhecimento desses direitos é o desenvolvimento da busca

⁶¹ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 31.

⁶² BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. p. 561.

⁶³ MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. p. 20.

⁶⁴ MORAES, *Direito Constitucional*. p. 58.

⁶⁵ MORAES, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. p. 27.

incansável pela democracia e a paz, nas quais, ausente o reconhecimento de tais direitos, se tornam inatingíveis⁶⁶.

No instante em que foi definida a forma de Estado como sendo este democrático, estabeleceu-se também o elemento nuclear da Constituição, qual seja a valorização do homem. E nesse diapasão é que se concebe a existência e a necessidade de instituir os direitos fundamentais, afigurando-se como um liame entre a Constituição e o homem⁶⁷.

No Brasil, é manifesto o tratamento significativo dispensado aos direitos fundamentais positivados na Carta Magna Nacional. Isso decorre da essencialidade que tais direitos representam no ordenamento jurídico interno. Assim, “não há como desconsiderar a especial relevância dos direitos fundamentais na ordem constitucional, decorrente justamente deste elemento qualificativo – fundamentalidade – na sua dupla vertente formal e material”⁶⁸. A evidência desse tratamento privilegiado dispensado aos direitos fundamentais está expresso no artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a aplicação imediata de tais direitos no ordenamento jurídico pátrio.

A par disso, subsistem algumas indagações na doutrina a respeito da vinculação de sujeitos particulares aos direitos fundamentais, em virtude que haveria uma séria problemática acerca da busca de meios processuais a fim de tornarem efetivos esses direitos nas relações privadas. Nesse diapasão, o entendimento majoritário é de que sendo os particulares os envolvidos na relação jurídica, estes são os destinatários e titulares de direitos fundamentais, portanto impõe-se a proteção dos respectivos direitos aos sujeitos particulares⁶⁹.

Superado o tema da conceituação dos direitos humanos e direitos fundamentais, impende discorrer sobre a questão do direito de personalidade como uma subclasse alcançada pelos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, o direito de personalidade é tratado pelo sistema jurídico pátrio, inicialmente, no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988. No âmbito do Direito Civil, esse tema é tratado nos artigos 11 a 21 do Novo Código Civil brasileiro.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 201-203.

⁶⁷ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 58.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 108.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. p. 112.

Em virtude de todas as opressões e dos mais variados tipos de violência aos quais o ser humano foi acometido, atualmente a pessoa humana é o cerne axiológico do mundo jurídico⁷⁰, que, nesse aspecto, é intolerante à contestações.

Da mesma forma, tem-se que os direitos da personalidade surgiram em razão da inexistência de uma tutela específica em relação à pessoa humana, decorrente da inércia do Estado liberal em não traçar limites nas relações jurídicas patrimoniais⁷¹.

Diante do reconhecimento e da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, deve preponderar também o respeito à personalidade do homem, como conteúdo mínimo de direito natural e absoluto, visto que trata-se de algo inerente e indisponível do ser humano⁷².

No âmbito jurídico, a personalidade é conceituada como um “elemento estável e permanente da conduta de uma pessoa, da sua maneira de ser habitual, servindo para distingui-la de outro ser humano”⁷³. Desta forma, tem-se que os direitos de personalidade possuem o propósito de assegurar o domínio sobre a esfera pessoal do ser humano.

Em relação à natureza jurídica dos direitos de personalidade, estes são qualificados como sendo “direitos privados, considerados como direitos subjetivos e absolutos, os quais devem ser reconhecidos e observados por todos, conferindo ao seu titular poderes de proteção”⁷⁴. Assim, tem-se caracterizado o direito de personalidade como espécie de direito fundamental.

Os direitos de personalidade são considerados como “um conjunto de direitos subjetivos, incidente sobre a própria pessoa ou sobre algumas formas essenciais de ser, de natureza física ou moral, que tutelam bens ou interesses pessoais”⁷⁵. Por serem direitos inerentes da pessoa humana, os direitos de personalidade enunciam um conteúdo mínimo necessário para a caracterização e proteção desse direito.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. p.61.

⁷¹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009. p.23.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. p. 62.

⁷³ HAINZENREDER JÚNIOR, *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. p. 23.

⁷⁴ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*. Direitos Fundamentais e Justiça. Porto Alegre: HS Editora, Ano 3 – nº 6 – Jan./Mar. 2009. p. 164.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. p. 62.

Tais direitos também possuem a característica de essencialidade, uma vez que estaria descaracterizada a personalidade humana se não houvesse a proteção e o reconhecimento pela ordem jurídica desse direito. Da mesma forma, os direitos de personalidade são admitidos como direitos absolutos, em virtude de que trata-se de uma obrigação de respeito universal, não sendo exigido apenas de um grupo determinado de pessoas. São também direitos pessoais, no sentido de não se referirem a direitos patrimoniais, mas também pelo fato de não serem direitos que possam ser transmitidos a outrem, ou de caráter hereditário⁷⁶.

Inegavelmente, os direitos de personalidade estão ligados a um conteúdo mínimo de direitos indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade, o que equivale dizer que, “se estes direitos não existissem, a pessoa também não existiria como tal”⁷⁷, pois, como já mencionado acima, trata-se de um direito essencial.

A valoração dos direitos de personalidade veio à tona, principalmente, em razão da forte proteção resguardada ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é tido como fundamento básico da República brasileira, pois constitui-se como valor máximo do sistema pátrio⁷⁸.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos de personalidade são tratados de forma expressa e específica, sendo abordada a proteção desses direitos tanto em relação aos cidadãos quanto ao Estado. O artigo 1º, III da Constituição Federal, ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo, assim, os direitos incidentes sobre a personalidade. Além disso, no mesmo diploma legal, o artigo 5º, inciso X abarca a proteção do direito à personalidade de forma expressa ao mencionar 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”. Assim, resta demonstrado o compromisso assumido pela Constituição Federal ao resguardar um capítulo tão extenso aos direitos e garantias individuais e coletivas, incluindo o direito de personalidade como parte desses direitos.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. p. 63.

⁷⁷ DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil. A parte geral do novo Código Civil / Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3ª ed. revista – Gustavo Tepedino (coordenador). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 35.

⁷⁸ ANDRADE, *Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho*. p. 168.

A partir desse reconhecimento dos direitos de personalidade pela Carta Magna Nacional, o valor da pessoa humana tornou-se a base do ordenamento jurídico, situando o homem e seus valores como prisma das codificações internas⁷⁹.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 resguardou um capítulo próprio para disciplinar os direitos da personalidade. A par disto, o parágrafo único do artigo 12 do referido diploma dispõe sobre medidas preventivas para exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito de personalidade; a possibilidade de reclamações de perdas e danos, disciplinando, inclusive, a ofensa aos mortos⁸⁰.

No Direito brasileiro os direitos de personalidade são utilizados tanto como um instrumento a fim de impedir o abuso de outrem à esfera privada de um sujeito, como também como regulador de relações entre um sujeito e terceiros, como no caso de contratos de trabalho⁸¹.

Logo, na medida em que a pessoa humana tornou-se o principal objeto de tutela da Constituição da República no Brasil, o direito de personalidade é apenas um desdobramento de tal garantia constitucional, com a característica principal de subjetividade⁸².

Destarte, considerando que os direitos de personalidade são dotados de uma particularidade subjetiva, tais direitos são conhecidos pela doutrina brasileira por possuírem características de tal aspecto, como generalidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade e impossibilidade de sub-rogação⁸³.

A generalidade significa que o direito de personalidade é concedido a todos, “pelo simples fato de estar vivo, ou pelo só fato de ser.”⁸⁴.

Já a extrapatrimonialidade se refere ao fato não poder estabelecer vínculos econômicos à personalidade do sujeito, no sentido de valoração da personalidade, “a qual diz respeito à categoria do *ser* e não do *ter* da pessoa”⁸⁵.

Ceder, alienar, sub-rogar são condutas vedadas no tocante à personalidade de um indivíduo, pois é tida como intransmissível, pelo fato de que “se extinguiria com a morte do

⁷⁹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho* p. 33.

⁸⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm> Acesso em: 26 de ago. 2012.

⁸¹ ANDRADE, *Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho*. p. 163.

⁸² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª edição atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 32.

⁸³ OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 24.

⁸⁴ TEPEDINO, *Temas de direito civil*. p. 33.

⁸⁵ OLIVEIRA, *O dano pessoal no direito do trabalho* p. 26.

titular, em decorrência de seu caráter personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular”⁸⁶.

A indisponibilidade tem o escopo de garantir o caráter de imprescindibilidade dos direitos de personalidade, no sentido de “garantir sua inerência à pessoa, que não pode deles dispor, diferentemente do que ocorre com outros direitos”⁸⁷.

Os direitos de personalidade são também irrenunciáveis, “em virtude de sua essencialidade; nenhum ato de vontade do seu titular pode abdicá-los”⁸⁸.

A inexpropriabilidade relativa aos direitos de personalidade refere-se ao fato de que não se pode desapropriar tais direitos, ainda mais de maneira forçada, em virtude da natureza dada ao próprio objeto, “eles não podem mudar de sujeito, nem por vontade do titular, nem por qualquer outra causa”⁸⁹.

Definidas algumas características concernentes aos direitos de personalidade, faz-se importante destacar que tais direitos são divididos em dois grupos: os direitos à integridade física e à integridade moral. O primeiro grupo se reserva à matéria de regular o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. O direito à honra, à liberdade, o direito ao nome, à imagem e ao direito moral da pessoa se ajustam ao segundo grupo⁹⁰.

O artigo 12 do Código Civil de 2002 faz menção aos direitos de personalidade, contudo de forma genérica, sem abarcar de forma expressa um conjunto de interesses relativo à esfera pessoal, sendo necessário utilizar-se do princípio máximo da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, “traduzido como o reconhecimento do valor da pessoa, e de sua eficácia na esfera infra-constitucional”⁹¹.

Igualmente se reveste de generalidade o artigo 21 do mesmo código, ao passo que concede ao juiz a tomada de providências a fim de cessar ou impedir atos relativos à lesão do direito de personalidade. Entretanto, tais normas ganham significado mais protuberante se interpretadas em consonância ao artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que trata a dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República⁹².

⁸⁶ TEPEDINO, *Temas de direito civil*. p. 34.

⁸⁷ OLIVEIRA, *O dano pessoal no direito do trabalho*. p. 25.

⁸⁸ OLIVEIRA, *O dano pessoal no direito do trabalho*. p. 25.

⁸⁹ OLIVEIRA, *O dano pessoal no direito do trabalho*. p. 25.

⁹⁰ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 35.

⁹¹ ANDRADE, *Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho*. p. 166, 167.

⁹² TEPEDINO, *Temas de direito civil*. p. 37.

Todavia, não se trata de matéria superficial estabelecer disciplina legislativa para todas as situações jurídicas em que houver ofensa aos direitos de personalidade, uma vez que os fatos sociais estão em constante evolução⁹³.

Em consonância ao que foi exposto acima sobre a temática dos direitos de personalidade, chega-se à conclusão que o reconhecimento desses direitos se deu em razão ao irrefutável resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, que adveio como o principal alicerce da Constituição Federal de 1988.

2.2. As prerrogativas do contrato de trabalho: direitos e deveres do empregado e empregador

O artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho define o contrato de trabalho individual como sendo um “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Assim, o contrato de trabalho é qualificado como consensual, personalíssimo para o empregado, sinalagmático, comutativo, de trato sucessivo e oneroso⁹⁴.

Para uma melhor análise acerca do conteúdo do contrato de trabalho é imperioso analisar outros preceitos da CLT, como os que conceituam as figuras do empregador e empregado, artigos 2º e 3º, respectivamente.

Em síntese, extrai-se da leitura do artigo 2º que empregador poderá ser toda pessoa física ou jurídica que coordena e remunera a prestação pessoal de serviço.

O artigo 3º considera empregado toda pessoa física que presta serviço remunerado, de forma não eventual e subordinada ao empregador.

Superada a questão dos sujeitos do contrato de trabalho, impõe-se pertinente tratar das características que envolvem a relação de emprego.

Quando se diz que o contrato de trabalho é *intuitu personae*, a referência que se faz diz respeito à infungibilidade da prestação de serviço entregue ao empregado, sendo este “o veículo da força de trabalho posta à disposição do empregador”⁹⁵.

⁹³ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 37.

⁹⁴ CAMINO, Carmem. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 252.

⁹⁵ CAMINO, *Direito Individual do Trabalho*. p. 253.

O contrato consensual visa acentuar a dispensabilidade de formalidades especiais ou expressas para a formação do contrato de trabalho, exigindo-se apenas o consentimento bilateral⁹⁶.

O contrato de trabalho deve demonstrar obrigações recíprocas contrapostas, no sentido de que ambas as partes são credoras e devedoras, ao passo que o empregado entrega sua força de trabalho ao empregador, em troca este obriga-se a remunerar o serviço prestado, caracterizando o contrato de trabalho como sinalagmático⁹⁷.

As obrigações assumidas entre empregado e empregador devem ter uma equivalência relativa, no sentido de estabelecer um equilíbrio entre direitos e obrigações, principalmente ligado à prestação de serviços e sua remuneração⁹⁸. Dessa forma, ter-se-á a característica de comutatividade do contrato de trabalho.

Atribui-se também a característica de continuidade ao contrato de trabalho, em virtude de que não há exaurimento da relação de emprego pelo cumprimento de uma única prestação. As obrigações sucedem-se continuamente no tempo⁹⁹.

Tem-se a onerosidade como característica fundamental do contrato de trabalho visto que à ambas às partes são instituídos sacrifícios, “com objetivo de obter uma vantagem correspondente¹⁰⁰”.

Outra característica fundamental que deve estar presente também no contrato de trabalho é o princípio da boa-fé. O artigo 422 do Código Civil brasileiro dispõe que as partes contratantes devem se pautar pelo princípio da probidade e da boa-fé.

No âmbito do Direito do Trabalho o princípio da boa-fé exerce uma função especial, uma vez que “o contrato de trabalho não cria somente direitos e obrigações de ordem patrimonial, mas também pessoal. De outro lado, cria uma relação estável e continuada, da qual se exige confiança recíproca em múltiplos planos, em direções opostas e, sobretudo, por um período prolongado de tempo.”¹⁰¹

Nesse diapasão, tem-se que o princípio da boa-fé exercerá a função de uma norma de conduta que conduzirá a relação de emprego, em virtude de que nesta relação podem surgir

⁹⁶ VECCHI, *Noções de direito de trabalho: um enfoque constitucional*, p. 388.

⁹⁷ CAMINO, *Direito Individual de trabalho*, p. 253.

⁹⁸ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 390.

⁹⁹ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. p. 85.

¹⁰⁰ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 390.

¹⁰¹ OLIVEIRA, *O dano pessoal no direito do trabalho*. p. 89.

deveres anexos, ou seja, deveres acessórios não previstos de forma expressa no contrato de trabalho, mas que integram a relação contratual juntamente com os deveres principais¹⁰².

Ainda que o contrato de trabalho apresente um vínculo econômico, não se trata exclusivamente disso, pois também existe um liame pessoal, uma vez que nessa relação contratual há em um dos polos, pelo menos, uma pessoa natural e no outro uma pessoa natural ou jurídica¹⁰³.

Assim, atuação de boa-fé deve ser executada não só pelo empregado no cumprimento de sua prestação de trabalho, mas também em relação ao empregador, pois trata-se de uma obrigação contratual geral, válida para ambas as partes¹⁰⁴.

Dessa forma, na relação de emprego também há o dever de indenizar quando uma das partes contratantes praticar ato lesivo à outra, seja de ordem patrimonial ou moral.

Como já mencionado anteriormente, no contrato de trabalho existe a pessoa do empregador, que empreende a atividade econômica e detém o poder diretivo. Nesse ponto da pesquisa, será abordado o poder de direção do empregador e suas limitações.

O artigo 2º da CLT conceitua empregador como sendo “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Ainda assim, o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que “equiparam-se a empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

A relação de emprego estabelece-se a partir de um consenso entre a parte contratante e a parte contratada. Assim, a subordinação do empregado ao empregador deriva do poder econômico deste, em virtude da “faculdade que lhe é atribuída de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”¹⁰⁵. Portanto, a atividade exercida pelo trabalhador é fiscalizada e dirigida pelo empregador, que tem poder e direitos não sobre a pessoa, mas sobre a forma como a função é desempenhada pelo empregado.

¹⁰² VECCHI, *Noções de direito de trabalho: um enfoque constitucional*, p. 257.

¹⁰³ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*, p. 89.

¹⁰⁴ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. 263.

¹⁰⁵ NASCIMENTO, *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho* p. 694.

O poder disciplinar exercido pelo empregador nada mais é do que o direito de dirigir sua própria atividade, dando-lhe a faculdade de impor ordens e sanções. Assim, a faculdade do empregador de fiscalizar e aplicar sanções/punições às tarefas realizadas pelo trabalhador “é um desdobramento do poder diretivo, com o intuito de apenas dar efetividade a esse”¹⁰⁶.

Entretanto, esse poder conferido ao empregador não é absoluto e incondicional, de tal modo que é inaceitável a prática de atitudes arbitrárias, nas quais o empregador determine coisas infundadas¹⁰⁷.

A ordem jurídica nacional, no campo do Direito do Trabalho, veda qualquer tipo de atitude que gere a desigualdade material entre patrões e empregados. Prova disso é o reconhecimento da hipossuficiência do empregado frente ao empregador, dando azo à instituição de princípios que visam proteger a pessoa do trabalhador, assim como o princípio da indisponibilidade, da norma mais favorável e o princípio da proteção.

É característica do poder empregatício as facetas que deste decorrem, como regulamentar, distribuir, dirigir, orientar e fiscalizar a execução do trabalho, adequar a prestação de trabalho às necessidades da empresa, impor sanções disciplinares aos empregados relapsos, com o propósito de estabelecer a forma de como será conduzido o seu capital e o trabalho desenvolvido por seus colaboradores¹⁰⁸.

A relação de emprego é particularizada por estabelecer deveres e obrigações entre os contratantes, de modo que:

o trabalhador deve prestar os serviços contratados com diligência, fidelidade, assiduidade, obediência e disciplina, ao passo que ao empregador cabe remunerar de forma proporcional e justa o trabalho prestado, assim como disponibilizar trabalho, respeitar as normas de proteção e, principalmente, a dignidade pessoal do trabalhador¹⁰⁹.

Em que pese do vínculo contratual decorra o poder de comando do empregador, o aludido poder não se aplica necessariamente à pessoa do trabalhador, mas sobre a força produtiva dispensada por este em decorrência do contrato de trabalho estipulado entre as partes.

¹⁰⁶ HAINZENREDER JÚNIOR, *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. p. 66.

¹⁰⁷ VECCHI, *Noções de direito de trabalho: um enfoque constitucional*, p. 357.

¹⁰⁸ HAINZENREDER JÚNIOR. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho* p. 65.

¹⁰⁹ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo*. São Paulo: LTr, 2009. p.46.

Inobstante a inexistência de forma expressa acerca da limitação do poder diretivo do empregador, é inegável que tal direito de comando exige certa restrição. Para isso, o ordenamento jurídico se utiliza de “regras e princípios aptos a averiguar o exercício legítimo ou abusivo do poder de direção”.¹¹⁰

Visto que o princípio que rege a Constituição da República é o princípio da dignidade da pessoa humana, é intolerável que o poder de fiscalizar e comandar, os quais visam, mormente, priorizar os interesses do empregador, se sobreponham aos direitos de liberdade e dignidade do trabalhador.

A ordem jurídica trabalhista, igualmente, não desconhece o dever de subordinação do empregado, o qual consente com o poder de direção do empregador em relação à maneira como deverá ser desenvolvida suas funções. Todavia, a subordinação decorrente do contrato de trabalho não enseja delegações arbitrárias e infundadas por parte do empregador, visto que, com base em princípios constitucionais e específicos do Direito do Trabalho, sofrem limitações¹¹¹.

Dessa forma, em que pese o contrato de trabalho tenha como principal diferenciação dos contratos de direito privado o poder diretivo do empregador e a subordinação do empregado, tais elementos não podem servir de suporte para a violação dos direitos fundamentais de quem presta serviço, principalmente no que concerne à sua personalidade, à sua vida, à integridade física, à intimidade, à honra, à imagem, à integridade moral.¹¹²

Se eventualmente o poder diretivo do empregador vier de encontro aos direitos fundamentais do trabalhador, e dessa forma causando-lhe qualquer espécie de lesão, estar-se-á abrindo margem para a reparação dos danos sofridos pelo empregado.

Nesse aspecto, cabe tecer alguns comentários.

Considerando que o contrato de trabalho enseja o cumprimento de obrigações recíprocas pelas partes contratantes, e vindo uma destas a violar determinada disposição que tenha efeito de causar dano patrimonial ou pessoal, haverá o dever de ressarcimento, inclusive de forma pecuniária, independente de culpa ou dolo na ação ou omissão, indiferentemente de responsabilidade subjetiva ou objetiva.¹¹³

¹¹⁰ HAINZENREDER JÚNIOR, *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. p. 79.

¹¹¹ HAINZENREDER JÚNIOR, *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho* p. 78.

¹¹² NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo*. São Paulo: LTr, 2009. p.53.

¹¹³ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*, p. 117.

Nas palavras de Assis Neto, dano é a “diminuição ou subtração de um bem jurídico”¹¹⁴, podendo abranger bens patrimoniais e morais.

Tendo em vista que a possibilidade de reparação de dano decorre do descumprimento de determinada obrigação, é imperioso esclarecer os fundamentos que regulam a aludida reparação, quais sejam, o erro de conduta do agente, isto é, ação contrária à lei; a ofensa ao bem jurídico, que reconhece a lesão tanto na esfera do patrimônio, quanto na esfera extrapatrimonial ou moral; e a relação de causalidade, na qual o dano sofrido pelo ofendido deve ter conexão com o ato ilícito cometido pelo ofensor.¹¹⁵

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecida no plano constitucional a possibilidade de reparação de danos, seja de cunho material, moral ou à imagem, assim como dispõe o artigo 5º, V da referida Constituição.

Desse modo, a exegese do referido dispositivo constitucional traz que todo aquele que violar direito patrimonial ou extrapatrimonial, deverá reparar de forma proporcional a lesão cometida, inclusive com indenização pecuniária.¹¹⁶

A titularidade de quem cometeu o ato ilícito ensejador do dever de indenizar precisa estar comprovada, a fim de que seja possível imputar o dever indenizatório ao causador do dano, haja vista que existem várias espécies de responsabilidade, como a da pessoa física, pessoa jurídica, responsabilidade objetiva e subjetiva, aquela decorrente de ato abusivo do direito, responsabilidade por fato de terceiro, etc.¹¹⁷

No que tange à responsabilidade da pessoa física não há maiores divergências sobre a representação desta, pois trata-se de algo óbvio. Sendo então a pessoa física causadora de dano (patrimonial ou moral) à outrem, deverá esta reparar o bem jurídico violado. A questão da responsabilidade da pessoa física apenas contrai um grau de complexidade “quando a pessoa física é obrigada a responsabilizar-se por fato de terceiro”.¹¹⁸

Nesse sentido, sobre a responsabilidade por fato de terceiro, é imprescindível mencionar que esta espécie de responsabilidade civil é uma exceção, uma vez que a regra é que cada pessoa responda exclusivamente pelos atos que cometeu. Entretanto, o artigo 932 do Código Civil de 2002 dispõe sobre a possibilidade de uma pessoa assumir a responsabilidade

¹¹⁴ ASSIS NETO, S. J. de. *Dano moral e aspectos jurídicos: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. Araras: Bestbook, 1998. p. 31.

¹¹⁵ ASSIS NETO, S. J. de. *Dano moral e aspectos jurídicos: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. p. 32.

¹¹⁶ OLIVEIRA, *O dano pessoal no direito do trabalho*. p. 50.

¹¹⁷ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. p. 50.

¹¹⁸ OLIVEIRA, *O dano pessoal no direito do trabalho*. p. 51.

por fato de outrem, contudo é necessário que haja alguma espécie de vínculo jurídico entre o autor do ato ilícito e aquele que possui o dever de custódia.¹¹⁹

Na modalidade de responsabilidade por fato de terceiro existem dois tipos de agentes, o causador do dano e o responsável pela indenização. Isso ocorre em virtude do vínculo legal estabelecido entre aquele que praticou o ato ilícito e a outra pessoa que tinha o dever de fiscalizar e vigilar, e incorreu em erro quando não exerceu de forma correta os seus deveres.¹²⁰

Tendo em vista que a pessoa jurídica é dotada de personalidade, bem como de direitos e obrigações, é inevitável admitir que igualmente responde por atos por ela praticados, ainda que estes atos sejam praticados por pessoa físicas que as representam.¹²¹

Assim, quando o representante legal ou preposto da pessoa jurídica cometer qualquer ato ilícito, contratual ou extracontratual, seja na esfera civil, criminal ou trabalhista, a pessoa jurídica responderá pelos danos patrimoniais ou morais que seus representantes tenham causado.

A questão que envolve a caracterização da responsabilidade subjetiva está na constatação da culpa, comprovada ou presumida. Assim, havendo dolo ou culpa na conduta ilícita do agente, estará concretizada a responsabilidade subjetiva em virtude do poder de cautela no momento da ação.¹²²

Já a responsabilidade objetiva independe de culpa, bastando que aquele que violou direito de outrem, através de sua conduta ilícita, provoque dano patrimonial ou moral seja responsabilizado e obrigado a reparar o mal provocado, ainda que ausente de culpa ou dolo.¹²³

Igualmente se faz necessário referir sobre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Aquela deriva do descumprimento de relação obrigacional avençada entre sujeito passivo e ativo de um contrato¹²⁴. Portanto, havendo inadimplemento em um vínculo contratual, o dever de indenizar é mera consequência.

A responsabilidade extracontratual, “é a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei”¹²⁵, quando as partes envolvidas não estiverem ligadas por uma relação contratual.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 191.

¹²⁰ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. p. 62.

¹²¹ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. p. 51.

¹²² CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 16.

¹²³ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. p. 54.

¹²⁴ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. p. 55.

¹²⁵ CAVALIEIRI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 15.

Nessa espécie de responsabilidade, quando da prática de um ato violador de direitos, não há qualquer relação jurídica entre o ofensor e a vítima.

O dever de indenizar por cometimento de ato ilícito está presente também quando o agente praticar de forma irregular um direito seu, incorrendo em abuso de direito. Assim, mesmo que o agente esteja no exercício de suas prerrogativas conferidas pela lei, quando este agir se der em excesso, ferindo direito de outrem, haverá a obrigação de reparar o dano causado.¹²⁶

O artigo 187 do Código Civil de 2002 dispõe que o ato ilícito se configura quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes.

O centro da questão deriva do ato legítimo praticado por alguém que, embora legitimado legalmente para a prática de tal ato, ofende a esfera patrimonial ou moral de outrem, ensejando assim a reparação do dano causado.

Nesse aspecto, a matéria tratada tem grande relevância no âmbito do Direito do Trabalho, em que o tema do abuso de direito tem ampla discussão e aplicação.

¹²⁶ OLIVEIRA, *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. p. 58.

3 O DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL EM FACE DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

Embora o contrato de trabalho tenha como uma de suas características a autonomia da vontade, é clarividente que o trabalhador, por muitas vezes, sofre com a imposição de condições arbitrárias e abusivas feitas pelo empregador. Desse abuso de poder decorre a violação de direitos, seguidamente, de cunho moral. Diante disso, o trabalhador tem a prerrogativa de ver protegido seu direito violado mediante a reparação do dano, via indenização pecuniária por parte do empregador.

3.1 A imagem do trabalhador como direito de personalidade

O artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a possibilidade de indenização quando houver violação da imagem da pessoa. Assim, a exegese do mencionado artigo refere a imagem como sendo uma das espécies de direito vinculadas aos direitos de personalidade, sendo estes direitos fundamentais. Entretanto, é imperioso aludir acerca da conceituação e demais aspectos correlacionados com o direito à imagem.

Nas palavras de Maria Cecília, imagem é

toda e qualquer forma de representação da figura humana, não sendo possível limitar e nem enumerar os meios técnicos pelos quais ela se apresenta, vez que, com o avanço tecnológico, a cada momento surgem novas maneiras e mecanismos capazes de exibir a imagem das pessoas.¹²⁷

Nesse diapasão, diversas são as formas em que a imagem das pessoas pode ser representada e exibida, como a fotografia, a pintura, a televisão, a rede mundial de computadores (internet), e a própria exposição física.

De outro lado, tem-se que a imagem é também é a exteriorização da personalidade, no sentido de que não se trata apenas de reprodução, mas igualmente de aspecto.¹²⁸

¹²⁷ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. 1ª ed. (ano 2003), 6ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

¹²⁸ AFFORNALLI, *Direito à própria imagem*. p. 24.

No mesmo sentido refere Assis Neto quando afirma que a imagem não se limita à exibição física da pessoa, mas também à imagem sonora e de fonografia, assim como os gestos e expressões da personalidade.¹²⁹

Atualmente, a sociedade emprega significativa importância à imagem, de tal modo que a partir desta é que são atribuídas qualidades às pessoas. Assim, quando é repassada uma impressão positiva a respeito de alguém, seguidamente, se dá em virtude da boa imagem apresentada, cabendo referir que o mesmo acontece ao contrário.¹³⁰

Frequentemente a imagem e a honra têm seus conceitos comparados ou confundidos, haja vista a similitude entre ambas. Entretanto, embora haja um liame entre a imagem e a honra, a tutela de cada uma possui traços diferentes. De modo independente, a proteção da imagem possui o condão de assegurar o respeito à difusão da imagem, a exposição desta sem qualquer tipo de consentimento da pessoa. Nesse sentido, o que se busca é o respeito à imagem. Em contrapartida, a honra representa o campo da integridade moral e social da personalidade humana.¹³¹

Todavia, considerando a conexão entre as duas espécies de direitos, é inegável que em muitos casos nos quais se discutem o uso indevido da imagem, há circunstâncias em que a honra é lesada em razão da difusão ilegal da imagem.¹³²

A exemplo disso tem-se o caso em que uma revista da França fotografou e publicou a imagem da primeira dama francesa sentada no colo de um emir, com uma legenda nada sutil, referindo que os problemas com o petróleo haviam acabado, pois o presidente daquele país teria oferecido sua própria esposa aos árabes¹³³.

Cabe referir que nos casos em que a pessoa autoriza a divulgação da sua imagem, e assim é feito, de acordo com os termos da negociação, não há que se falar em uso indevido da imagem, uma vez que a pessoa que consentiu com a exposição tinha, ou pelo menos deveria ter, a consciência do verdadeiro destino dado à sua exposição.¹³⁴

Assim, sendo o homem dotado de direitos e com aptidão para assumir obrigações na ordem civil, manifestando assim sua existência, lhe é dado o direito de ser assegurada a proteção a sua personalidade e demais direitos correlacionados àquela. Não é diferente com o

¹²⁹ ASSIS NETO, S. J. de. *Dano moral e aspectos jurídicos*. p. 142.

¹³⁰ AFFORNALLI, *Direito à própria imagem*. p. 25.

¹³¹ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. – 5 ed., rev., atual. e ampliada – Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 71, 127 e 128.

¹³² AMARANTE, *Responsabilidade civil por dano à honra*. p. 127.

¹³³ AMARANTE, *Responsabilidade civil por dano à honra*. P. 128.

¹³⁴ ASSIS NETO, S. J. de. *Dano moral e aspectos jurídicos*. p. 143.

trabalhador, haja vista que este não perde sua essência de humano quando assume um contrato de trabalho.¹³⁵

Nesse diapasão há, nos dias de hoje, substancial discussão a respeito da (i)legalidade do uso da imagem do trabalhador, sem que haja previsão expressa no contrato de trabalho.

É importante referir que as obrigações do contrato de trabalho não são apenas aquelas inerentes ao próprio contrato, mas também as que envolvem os princípios jurídicos e normas legais.¹³⁶

Nesse aspecto, existem as obrigações principais, as quais envolvem, basicamente, a prestação de serviço de forma subordinada e pessoal por parte do trabalhador, em contrapartida cabe ao empregador remunerar os serviços executados pelo empregado. As obrigações acessórias estão ligadas às obrigações principais, no sentido de complementá-las. A título de exemplo tem-se o dever do empregado de restituir os materiais de trabalho fornecidos pelo empregador. Já as obrigações anexas dizem respeito, substancialmente, ao princípio da boa-fé, no sentido de que o contrato de trabalho é baseado na confiança e colaboração entre ambas as partes.¹³⁷

Nessa senda, tem-se que a utilização da imagem do trabalhador, exceto nos casos específicos, não se trata de obrigação principal, permanecendo em um meio termo entre obrigação acessória e anexa, dependendo do caso.

Nos casos em que houver conexão entre a natureza da atividade desenvolvida pelo trabalhador e a divulgação da imagem deste, não há que se falar em ilegalidade do uso da imagem pelo empregador, como, por exemplo, os atores de televisão e teatro.¹³⁸

Outro aspecto importante no que diz respeito ao direito de imagem do trabalhador são os contratos com os atletas profissionais de futebol, uma vez que a difusão da imagem deste tipo de profissional vem regulada por lei específica. Entretanto, nesses casos é muito comum atrelar o uso da imagem do atleta com as obrigações trabalhistas, incorrendo em erro que pensa dessa forma. O direito de arena trata substancialmente da divulgação da imagem do atleta decorrente das suas obrigações trabalhistas, enquanto que o direito de imagem se refere

¹³⁵ CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. *Os direitos de personalidade e o contrato individual de trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jul 2004. p. 92.

¹³⁶ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 426.

¹³⁷ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 428.

¹³⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A proteção constitucional à imagem do empregado e da empresa*. Rev. TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003. p. 63.

à execução de comerciais e informes publicitários, nesse aspecto regulado pelo âmbito do direito civil.¹³⁹

Portanto, o direito de imagem referente ao atleta profissional de futebol permanece igualmente com sua característica de direito personalíssimo, haja vista que a difusão da imagem do atleta em meios publicitários depende de prévia negociação entre o atleta e o clube desportivo.¹⁴⁰

Desse modo, a exegese dos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, bem como do artigo 5º, X da Constituição de 1988, deixa clara a impossibilidade de o empregador incluir no contrato de trabalho cláusula genérica permissiva da difusão da imagem do trabalhador, como se tal condição fizesse parte implicitamente da atividade laboral, tendo em vista que trata-se de direito de personalidade, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um desdobramento dos direitos fundamentais conferidos pela Carta Magna de 1988.¹⁴¹

Existe uma problemática no que toca à necessidade ou não de autorização por parte do trabalhador acerca da difusão de sua imagem, se deve ser expressa ou tácita, uma vez que o artigo 111 do Novo Código Civil dispõe que do silêncio presume-se a anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Em se tratando de direito de imagem – direitos de personalidade – a interpretação a ser feita é que por serem direitos fundamentais e personalíssimos e, portanto, intransmissíveis e irrenunciáveis, não se pode aplicar a regra utilizada variavelmente para os contratos celebrados no âmbito do direito civil.¹⁴²

Na área do Direito do Trabalho a questão da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos de personalidade fica ainda mais latente, haja vista a hipossuficiência do trabalhador em relação ao empregador, capaz de facilitar o processo de disponibilidade e renúncia dos direitos do empregado, principalmente pelo caráter de adesão que é dado aos contratos de trabalho.¹⁴³

Ao considerar a possibilidade de renúncia dos direitos fundamentais, primeiramente deve haver inequívoco consentimento do trabalhador, bem como a espécie de direito

¹³⁹ PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. *Jogador profissional – direito de arena e direito de imagem*. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/direito_arena_imagem.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

¹⁴⁰ PANTALEÃO, *Jogador profissional – direito de arena e direito de imagem*.

¹⁴¹ SILVA NETO, *A proteção constitucional à imagem do empregado e da empresa*. p. 64.

¹⁴² ANDRADE, *Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho*. p. 170.

¹⁴³ ANDRADE, *Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho*. p. 171.

fundamental, a fim de que não haja desequilíbrio e possível violação de um direito fundamental em face do poder econômico e diretivo do empregador.¹⁴⁴

Em casos de lesão aos direitos fundamentais relacionados ao direito de personalidade dos trabalhadores têm-se como fontes normativas, com o intuito de proteção, a Constituição Federal de 1988, leis esparsas de cunho trabalhista e o Código Civil de 2002, que é utilizado como um instrumento genérico na tutela da personalidade no âmbito da sociedade.¹⁴⁵

É prudente destacar a função do Código Civil no que diz respeito à hermenêutica de interpretação das normas trabalhistas pelo aplicador das normas de Direito do Trabalho, que apenas se dá quando houver compatibilidade com os princípios concernentes ao Direito trabalhista.¹⁴⁶

Além disso, o artigo 5º, inciso X da Constituição de 1988 dispõe que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis. Portanto, abrange igualmente o trabalhador como sendo destinatário da referida norma legal, uma vez que o fato de ser empregado de outrem não afasta sua condição de pessoa humana.

Assim, considerando que a Constituição de 1988 é o principal instrumento de tutela dos direitos fundamentais, uma vez que prepondera a dignidade da pessoa humana, o direito à imagem deve ser resguardado também ao trabalhador, haja vista a característica que acompanha os direitos fundamentais, qual seja o caráter de direito autônomo e individual.¹⁴⁷

3.2 O poder diretivo do empregador e a divulgação da imagem do empregado

Atualmente, enquanto as empresas possuem liberdade de contratar quem melhor lhes convir, os trabalhadores, muitas vezes, não têm essa discricionariedade e se submetem aos empregos oferecidos, ainda que insatisfeitos com as condições impostas, tendo em vista que o poder econômico está ao lado dos empregadores, inexistindo outra alternativa aos

¹⁴⁴ ANDRADE, *Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho*. 171.

¹⁴⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro*. p. 13. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br/img/artigos/Tutela.pdf>> acesso em: 12 out.2012.

¹⁴⁶ ALVARENGA, *A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro*. p. 13.

¹⁴⁷ SILVA NETO, *A proteção constitucional à imagem do empregado e da empresa*. Rev. TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003. p. 55.

trabalhadores senão aceitar o que lhes está sendo oferecido, em troca de sua subsistência e da sua família.¹⁴⁸

Inobstante as condições impostas, por diversas vezes o empregador acaba por cometer excessos no tocante ao seu poder de comando, sujeitando os trabalhadores a situações constrangedoras e que ferem os seus direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna, mas refutados pelos empregadores em face da busca pelo domínio econômico.

Por serem os direitos fundamentais direitos inerentes à pessoa, e que têm como escopo a proteção da dignidade da pessoa humana, essa tutela não pode ser lesada quando o empregador coage o trabalhador à práticas laborais que venham a ferir algum direito seu ligado aos direitos personalidade.

Como já referido antes, o poder diretivo do empregador não é absoluto e, portanto, sofre limitações, de modo que a própria Constituição de 1988, através de princípios e disposições legais expressas, afastou a possibilidade de condutas degradantes em face da dignidade do trabalhador, pois do contrário estaria em desacordo com o Estado democrático de direito disposto no preâmbulo da Constituição Federal, que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, que tem como objetivo construir uma sociedade justa e solidária.¹⁴⁹

Assim, qualquer medida ilegal praticada pelo empregador que venha a violar ou restringir a liberdade e a dignidade do trabalhador ensejará reparação do dano causado, de modo que a barreira para a prática de atos danosos foi estabelecida, e quando infringida tal barreira, deve haver o ressarcimento dos direitos transgredidos.

Ainda assim, a sujeição que o trabalhador se submete trata-se apenas de subordinação hierárquica decorrente do contrato de trabalho, no qual, entre outros, há o dever de obediência, diligência e fidelidade por parte do empregado. Entretanto, isso não importa dizer que o empregador tem direito sobre a pessoa do obreiro, mas apenas sobre a forma como a atividade laboral é desenvolvida, visto que “não há poderes de homens sobre homens, mas sim relações jurídicas, na medida em que o se sobrepõe às pessoas, seja pelo contrato, seja pela instituição, é a lei.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ CUNHA, *Os direitos de personalidade e o contrato individual de trabalho*. p. 92

¹⁴⁹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

¹⁵⁰ HAINZENREDER JÚNIOR, *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho* p. 80.

Embora o empregador detenha o direito de propriedade, visto que é quem assume os riscos da atividade empresarial, bem como é o dono dos meios de produção, não pode esse refutar o que dispõe a Constituição Federal, principalmente em seu artigo 170, quando determina que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna [...]”. Dessa forma, o empregador não pode renunciar os direitos fundamentais do trabalhador em face da obtenção indevida de vantagens.¹⁵¹

Assim, considerando que subordinação do empregado em face do empregador decorre exclusivamente em virtude da relação jurídica estabelecida através de um contrato de trabalho, tem-se que o poder diretivo do empregador não pode extrapolar as prerrogativas de controle e fiscalização, bem como interferir na esfera pessoal do empregado, de modo que, se eventualmente ocorrer lesão a algum direito de personalidade do trabalhador, será incontestável a possibilidade e o dever de indenizar o dano causado.

Entretanto, no que concerne à violação do direito de imagem do trabalhador, há duas correntes divergentes no sentido de que um entendimento segue a linha de que a imagem é um direito de personalidade do trabalhador, e por isso irrenunciável e indisponível, e quando violado o referido direito, gera a possibilidade de reparação do dano, e outra corrente que defende a ideia de que o uso da imagem do empregado é um direito do patrão, de modo que é um direito implícito no contrato de trabalho, sem necessidade de prévia autorização do trabalhador.

Nesse sentido, serão analisadas as duas correntes a fim de que seja verificada a orientação dominante, e para qual o rumo o Direito do Trabalho está se encaminhando no tocante aos direitos de personalidade do trabalhador.

3.2.1 Dos entendimentos jurisprudenciais favoráveis ao direito de reparação quando da lesão da imagem do trabalhador

Considerando que há escassez de obras doutrinárias que abarcam o tema aqui tratado, a busca por posicionamentos contraditórios acerca da (im)possibilidade de reparação de dano

¹⁵¹ HAINZENREDER JÚNIOR, *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho* p. 84.

causado em face da imagem do trabalhador será exposta através de julgados de Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse aspecto, a seguir serão expostas decisões favoráveis ao dever de reparação nas hipóteses em que a imagem do trabalhador é lesada em virtude de atos discriminatórios e abusivos do empregador.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL DECORRENTE DE SUBMISSÃO DE EMPREGADA A TESTES DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). A submissão de empregados a testes de polígrafo viola sua intimidade e sua vida privada, causando danos à sua honra e à sua imagem, uma vez que a utilização do polígrafo (detector de mentiras) extrapola o exercício do poder diretivo do empregador, por não ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o mencionado sistema. Assim, *in casu*, compreende-se que o uso do polígrafo não é indispensável à segurança da atividade aeroportuária, haja vista existirem outros meios, inclusive mais eficazes, de combate ao contrabando, ao terrorismo e à corrupção, não podendo o teste de polígrafo ser usado camufladamente sob o pretexto de realização de "teste admissional" rotineiro e adequado. Além disso, o uso do sistema de polígrafo assemelha-se aos métodos de investigação de crimes, que só poderiam ser usados pela polícia competente, uma vez que, no Brasil, o legítimo detentor do Poder de Polícia é unicamente o Estado. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.¹⁵²

O julgado supra está a atribuir eficácia aos dispositivos constitucionais que visam a proteção da dignidade da pessoa humana, no sentido de que, em um Estado democrático de direito, é inadmissível qualquer atitude que venha a lesar os direitos fundamentais dos cidadãos. Do mesmo modo, afasta eventual vestígio de anuência com atitudes arbitrárias e abusivas do empregador.

A decisão trazida demonstra uma situação escancarada na qual o exercício de poder diretivo do empregador é extravasado, ultrapassando os limites dos direitos conferidos ao patrão, como regulamentar, distribuir, dirigir, orientar e fiscalizar a execução do trabalho.

Ainda assim, como já referido anteriormente, a honra e a imagem são direitos de personalidade protegidos constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, X da Constituição de 1988, dessa forma, quando houver ofensa a esses direitos fundamentais, é imperativo o direito de reparação do dano causado.

Nas palavras de Amauri Nascimento “a preservação da imagem também é defendida pelo Direito do Trabalho para designar o conceito da pessoa, de modo que os atos patronais

¹⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. TST-RR-28140-17.2004.5.03.0092. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, DF, 10 de março de 2010. Disponível em: < <http://www.tst.gov.br> >. Acessado em 17 out. 2012.

desabonadores desse conceito são considerados, também, prejudiciais à imagem do trabalhador”.¹⁵³

Diante disso, no caso mencionado acima, a atitude do empregador de submeter o empregado a teste de detector de mentiras com o intuito de garantir a segurança da empresa é inteiramente desagradável e inconveniente, haja vista que expõe o trabalhador a uma condição humilhante. Outrossim, a conduta do empregador configura ato discriminatório, ferindo igualmente outro preceito constitucional, qual seja o princípio da igualdade.

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O procedimento praticado pelo empregador, por atingir a imagem objetiva e por se consumir quando terceiros tomam conhecimento do fato, consubstanciado pelos gritos e destratos ocorridos, reúne os pressupostos a justificar a indenização por danos morais. Embora o empregador detenha o poder diretivo, que lhe permite traçar diretrizes e adotar condutas para melhor desempenho da atividade desenvolvida, esta prerrogativa não se sobrepõe jamais ao princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CFR/88). Os procedimentos patronais encontram limite intransponível nos direitos personalíssimos, incumbindo ao empregador zelar para que seus representantes e os empregados que ocupam cargos de maior hierarquia se conduzam de forma digna e tratem os subordinados com respeito e urbanidade. A conduta do empregador que injustamente submeteu o empregado a constrangimento, configura abuso de direito, impondo-se a indenização por danos morais ao trabalhador (art. 5º, inc. V, CFR/88). Recurso ordinário a que se nega provimento.¹⁵⁴

No caso acima mencionado, a violação do direito à imagem originou-se do excesso de poder diretivo aplicado ao empregado em virtude de atitudes ofensivas à imagem deste, o qual sofreu constrangimento por palavras e xingamentos proferidos pelo patrão.

A dignidade da pessoa humana é o eixo central da República brasileira, no sentido de que valoriza a integridade física e moral do homem em face de atos que ensejam a discriminação e violação dos direitos humanos, os quais jamais podem ser compelidos em face de atitudes do empregador que extrapolam o limite de poder de comando.

A subordinação a que o trabalhador é sujeito, trata-se apenas de cumprir com suas obrigações laborais, decorrente do contrato de trabalho estipulado com o empregador. Já o patrão é detentor do poder de comando, ao qual cabe fiscalizar, orientar, e, inclusive, punir. Entretanto, é imprescindível que haja um mínimo de ponderação e coerência por parte do

¹⁵³ NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. p. 764.

¹⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso Ordinário. Acórdão nº 20120978363. 4ª Turma. Relator: Paulo Sérgio Jakutis. São Paulo, 21 de ago. de 2012. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/>>. Acesso em: 19 de out. 2012.

empregador na execução de suas prerrogativas, devendo prezar pelo respeito à dignidade da pessoa do trabalhador.

O poder de comando não é absoluto, pois existem regras e princípios constitucionais e trabalhistas que visam limitar o referido direito do empregador, e o principal limite estabelecido para o excesso do poder diretivo é o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁵

USO DE IMAGEM. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. A indenização por uso de imagem, assim como a indenização por dano moral, segundo remansosas doutrina e jurisprudência, deve observar a noção de razoabilidade entre o abalo sofrido e o valor a ser pago, o qual deve ser suficiente não só para amenização do dano direto, mas de todas as suas consequências, além de ostentar o caráter punitivo da indenização, que tem por finalidade evitar que o empregador continue a cometer excessos no gerenciamento do negócio a ponto de fazer passar pelas mesmas circunstâncias os demais empregados sob o manto da impunidade. Tampouco pode ser arbitrado em montante extremamente elevado e que represente enriquecimento sem causa do empregado.¹⁵⁶

O uso indevido da imagem do empregado é o caso exposto acima, no qual a divulgação da imagem do trabalhador sem a autorização deste, ofende o direito de personalidade, protegido pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso X.

A boa-fé é requisito essencial para a celebração e execução de qualquer espécie de contrato, inclusive aqueles que envolvem o Direito de Trabalho.

Nesse aspecto, torna-se especialmente relevante a presença da boa-fé na relação de emprego, tendo em vista que, a princípio, cria-se um vínculo por prazo prolongado, em que as partes devem agir com lealdade, transparência e cooperação.¹⁵⁷

O contrato de trabalho estabelece direitos e obrigações para ambas às partes, no qual a confiança é base para uma relação sólida e sadia, de tal modo que afasta a possibilidade de efeitos negativos que possam gerar o direito de indenização.

Outra função especial do referido princípio é adequar os comportamentos das partes no sentido de impedir condutas que desvirtuem o objetivo do contrato de trabalho, ou desequilibrar as obrigações assumidas por cada um.¹⁵⁸

¹⁵⁵ HAIZENREDER JUNIOR, *Direito à privacidade e poder empregatício do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. p. 79.

¹⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, 4ª região. Recurso Ordinário. Acórdão nº 0000103-73.2011.5.04.0005. 10ª Turma. Relator: Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 16 de ago. 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 19 de out. 2012.

¹⁵⁷ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 254.

¹⁵⁸ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 258.

O direito de imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, que visa proteger o interesse da pessoa de opor-se à divulgação da sua imagem, com o fim de proteger sua moral e evitar o locupletamento ilícito de outrem que age de má-fé.¹⁵⁹

O acórdão citado acima traz em sua íntegra a utilização da imagem do trabalhador de forma ilegítima, de modo que o empregador utilizou do seu poder intra-empresarial para divulgar a imagem do seu empregado para fins publicitários da empresa, e permaneceu utilizando a imagem daquele mesmo após a extinção do vínculo empregatício. Dessa forma, resta clara a atitude abusiva do empregador quando divulgou de forma indevida a imagem do trabalhador, transgredindo o princípio da boa-fé.

¹⁵⁹ AFFORNALLI, *Direito à própria imagem*. p. 96.

3.2.2 Dos entendimentos jurisprudenciais contrários ao direito de reparação em face da lesão ao direito de imagem do trabalhador

A seguir serão colacionados julgados que deixaram de prestar efetividade aos direitos de personalidade do trabalhador no tocante ao direito de imagem, ao passo que sobrepuseram o direito diretivo do empregador em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA DE BOLSAS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À INTIMIDADE OU À HONRA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA. Segundo o entendimento dominante no âmbito desta Corte Superior Trabalhista, a revista de bolsas e sacolas daqueles que adentram no recinto empresarial não constitui, por si só, motivo a denotar constrangimento nem violação da intimidade da pessoa. Retrata, na realidade, o exercício pela empresa de legítimo exercício regular do direito à proteção de seu patrimônio, se ausente abuso desse direito, quando procedida a revista moderadamente, não há se falar em constrangimento ou em revista íntima e vexatória, a atacar a imagem ou a dignidade do empregado-. Precedente citado. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CRITÉRIO DE ABATIMENTO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 415 da SBDI-1 do TST. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n.º 415 da SBDI-1 do TST: -A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho-. Decisão em sentido contrário merece ser modificada. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PELO SINDICATO PROFISSIONAL. SÚMULAS N.ºs 219 E 329 DO TST. A questão do deferimento dos honorários assistenciais no âmbito da Justiça do Trabalho está pacificada por este Tribunal por meio da Súmula n.º 219, cuja orientação foi mantida mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como confirma o Verbete Sumular n.º 329, também desta Corte. Assim sendo, a prevalecer a diretriz emanada da Súmula n.º 219 do TST, o preenchimento dos requisitos da Lei n.º 5.584/1970 é necessário para o deferimento dos honorários advocatícios. Dessa feita, não se encontrando o Reclamante assistido por seu sindicato profissional, indevida a condenação em honorários advocatícios. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.¹⁶⁰

Acima tem-se um caso claro em que o poder diretivo do empregador se impõe em face dos princípios da dignidade da pessoa humana.

O direito de proteção ao patrimônio da empresa não é denegado, todavia, não se deve violar direitos e valores aos quais o ordenamento concede grau maior de proteção, como a dignidade e intimidade da pessoa.¹⁶¹

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. TST- RR - 1333800-44.2008.5.09.0010. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Brasília, DF, 16 de out. 2012. Disponível em: < <http://www.tst.gov.br>>. Acessado em 19 out. 2012.

¹⁶¹ VECCHI, *Noções de direito do trabalho*: um enfoque constitucional. p. 362.

A exegese do artigo 5º, X da Constituição da República estabelece que a liberdade e a dignidade do trabalhador, no tocante aos seus direitos de imagem, intimidade e vida privada, não podem ser lesionados em face condutas fiscalizatórias por parte do empregador.¹⁶²

Em que pese o empregador detenha o direito de exigir obediência, diligência lealdade daqueles que lhe presta serviço, não significa que o trabalhador pode sofrer qualquer tipo de imposição. A sujeição do empregado conduz apenas o direito do empregador de exercer suas prerrogativas de empreendedor, no sentido de se buscar eficiência na forma como é desenvolvida a atividade laborativa.¹⁶³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. DANOS MORAIS – USO INDEVIDO DA IMAGEM. DANO MORAL – ASSUNÇÃO DE ENCARGO DE DEPOSITÁRIO FIEL. DANO MORAL – ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. DANO MORAL- IMPEDIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.¹⁶⁴

A íntegra do julgado acima narra o indeferimento da indenização a título de danos morais, tendo em vista que o trabalhador não logrou êxito em demonstrar a ausência de autorização para divulgação da imagem deste em um catálogo promocional da empresa.

Em que pese o dever de indenizar exija ausência de autorização e utilização da imagem para fins econômicos, o julgado acima não reconheceu os princípios específicos do Direito do Trabalho a fim de salvaguardar os direitos do trabalhador.

O princípio da proteção é um deles, de modo que reconhece a hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, no sentido de que este detém o poder econômico e pode sujeitar o empregado à condições abusivas, arbitrárias e desiguais.¹⁶⁵

Além disso, o princípio da norma mais favorável ao empregado igualmente foi refutada, uma vez que esta foi preterida em face do reconhecimento de ausência de requisito

¹⁶² HAIZENREDER JUNIOR, *Direito à privacidade e poder empregatício do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. p. 79.

¹⁶³ HAIZENREDER JUNIOR, *Direito à privacidade e poder empregatício do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. p. 80.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento nº 70500-88.2009.5.02.0004. Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma. Brasília, DF, 17 out.2012. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acessado em 19 out.2012.

¹⁶⁵ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 274.

material para gerar o direito de indenização, no caso a falta de comprovação de que a divulgação da imagem do trabalhador não foi autorizada por este.

Ademais, no referido acórdão há menção de que não foi vislumbrado qualquer tipo de ofensa à imagem do trabalhador que lhe pudesse gerar danos. Entretanto, o direito de imagem é protegido constitucionalmente, e independe de prova de prejuízo.

Desse modo, resta evidente no julgado em tela que o direito de imagem do trabalhador sucumbiu em face do empregador, que através do poder abusivo de comando, persegue seus fins econômicos e lucrativos.

RECURSO DO RECLAMANTE. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. O adicional de transferência é devido ao empregado submetido a remoção de local de trabalho quando essa importa em mudança de sua residência (art. 469 da CLT), o que não se verifica no caso dos autos. Negado provimento. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Não é devida indenização por danos morais quando ausente prova robusta e cabal de ato lesivo à honra e à imagem do trabalhador. RECURSO DA RECLAMADA. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CARGO DE GESTÃO. Não se aplicam as exceções previstas pelos incisos I e II do artigo 62 da CLT quando a hipótese não é de trabalho que não possibilita, por qualquer forma, fiscalização e/ou controle da jornada pelo empregador, e tampouco de empregado investido de poderes de mando e gestão. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. Reclamante que declarou a pobreza na inicial através de procurador devidamente habilitado e juntou a credencial sindical, preenchendo assim os requisitos da Lei 5.584/70.¹⁶⁶

A íntegra do acórdão supra, refere que o empregador denominou o reclamante e outro colega de trabalho de homossexuais, referindo perante aos demais trabalhadores, que ambos os empregados mantinham uma relação de homem e mulher.

O recurso em tela foi improvido, fundamentado no sentido de que não restou comprovada que a honra e a imagem do reclamante sofreu algum tipo dano.

Assim como já mencionado anteriormente, a indenização do dano causado à imagem da pessoa independe de comprovação, uma vez que o direito de imagem, assim como o direito à honra, é direito de personalidade, irrenunciável e indisponível.

Para alguns doutrinadores, como Maria Cecília, a imagem da pessoa está ligada diretamente com a honra desta, de modo que a exposição humilhante da imagem de alguém

¹⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 0001510-94.2010.5.04.0702. Relator: José Cesário Figueiredo Teixeira. 1ª Turma. Porto Alegre, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acessado em: 19 de out. 2012.

pode lhe acarretar prejuízos que reflitam na consideração alheia e na própria valoração de si mesmo.¹⁶⁷

Desse modo, embora o que se verifica no caso em tela seja um provável abalo na honra do trabalhador, em virtude das características de cunho discriminatório atribuídas pelo empregador, é inegável que a ofensa se deu pelo fato das insinuações a respeito da sexualidade do trabalhador, que faz parte dos atributos da imagem deste.

Tendo em vista que a conduta do empregador causou constrangimento e humilhação perante os demais colegas de trabalho do reclamante, ferindo a imagem e a dignidade deste, o dever de reparação é absoluto.

Assim, considerando que o direito de imagem está atrelado fundamentalmente à privacidade ou intimidade, o seu titular pode escolher a forma, quando e onde a sua imagem deve ser difundida.¹⁶⁸

Cabe referir que a hierarquia existente na relação de emprego não enseja ao empregador o direito de dispor dos direitos inerentes à pessoa do empregado, uma vez que o estado de sujeição do trabalhador representa apenas que a sua subordinação decorre exclusivamente do contrato de trabalho.

Ainda assim, não se deve tratar o empregado como mero instrumento de força de trabalho e renunciar este como pessoa, de modo que o trabalhador não deixa de ser humano e detentor de garantias quando adentra no recinto da empresa.¹⁶⁹

A República Federativa do Brasil reconhece como alguns de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Nesse aspecto, considerando que este Estado democrático de direito tem como objetivo, entre outros, promover o bem de todos sem quaisquer espécies de discriminação, as atitudes arbitrárias e abusivas, e o uso extrapolado do poder diretivo do empregador, são condutas substancialmente rejeitadas pelo ordenamento jurídico pátrio.¹⁷⁰

A proteção dispensada à dignidade da pessoa humana possui um status muito além de fundamento da República, em razão de que este princípio alcança, inclusive, elementos voltados para a ordem econômica. Isso deve ao fato de que o exercício da atividade voltada

¹⁶⁷ AFFORNALLI, *Direito à própria imagem*. p. 45.

¹⁶⁸ AFFORNALI, *Direito à própria imagem*. p. 47.

¹⁶⁹ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 362.

¹⁷⁰ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 362.

para a economia deve se submeter ao referido princípio, sujeitando os agentes econômicos, sobretudo as empresas, a se adequarem aos limites impostos pelos direitos humanos.¹⁷¹

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é estendido tanto para relações entre Estado e indivíduo, quanto para relações interindividuais, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana demonstra que a ordem jurídica existe, principalmente, para defender a pessoa humana e o seu desenvolvimento.¹⁷²

¹⁷¹ HAINZENREDER JÚNIOR, *Direito à privacidade e poder empregatício do empregado: o uso do e-mail no trabalho*. p. 11

¹⁷² VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. p. 241.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa monográfica teve como objetivo analisar o limite do uso da imagem do empregado pelo empregador, bem como verificar a possibilidade de reparação de eventuais danos causados pela divulgação da imagem em virtude do abuso do poder diretivo.

As pesquisas e apontamentos mencionados no primeiro capítulo trataram sobre o surgimento do Direito do Trabalho como meio proteção, tendo em vista a desigualdade econômica existente entre as partes que originava condições de trabalho subumanas aos empregados em virtude do abuso de poder dos patrões.

Dessa forma, as regras trabalhistas foram criadas com o objetivo de alcançar uma igualdade substancial e verdadeira entre empregado e empregador.

Verificou-se que os anseios dos trabalhadores que deram origem ao ramo do Direito do Trabalho, como direito à jornada diária de até oito horas, salário digno e férias, não são mais matéria de discussão de validade nos dias de hoje, pois estes direitos já foram sedimentados e reconhecidos, principalmente pela Constituição de 1988. Ainda assim, foi constatado que as pretensões atuais dos trabalhadores no que toca à proteção de seus direitos, hoje em dia, diz respeito a aspectos atuais, como o reconhecimento do assédio moral no ambiente do trabalho, lesão aos direitos de personalidade, entre outros.

A pesquisa demonstrou que a Constituição de 1988 redemocratizou o país, inovando com uma série de direitos conferidos aos trabalhadores com caráter de direito fundamental. Dessa forma, pode-se ver que a Carta Magna abrangeu de forma relevante os direitos fundamentais do homem, de modo que estes direitos estão, inevitavelmente, ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é a base deste Estado democrático de direito.

Destarte, é correto afirmar que o escopo dos direitos fundamentais é garantir a proteção à vida, liberdade, e igualdade, direitos, irrefutavelmente, ligados à dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento, foram analisados os direitos de personalidade em consonância aos direitos fundamentais, de modo que estes direitos servem de meio de proteção da dignidade do homem tanto contra atitudes arbitrárias do Estado, quanto de particulares.

Desse modo, o direito de personalidade é conteúdo dos direitos fundamentais, tendo em vista que aquele direito faz parte, ou seja, é inerente e absoluto à condição de pessoa humana, sendo indisponível e personalíssimo, de modo que os direitos de personalidade tem o propósito de assegurar o domínio sobre a esfera pessoal do ser humano.

Logo, considerando que a pessoa humana é o principal objeto de tutela da Constituição da República no Brasil, o direito de personalidade é apenas um desdobramento de tal garantia constitucional, com a característica principal de subjetividade, algo intrínseco da pessoa.

Nesse sentido, a personalidade da pessoa diz respeito a tudo que ela é, nos aspectos materiais, ligados aos atributos físicos, e nos aspectos ideológicos, concernente às qualidades subjetivas de concepção, preferências, moral.

Durante a pesquisa, foi abordada a problemática envolvendo as prerrogativas do poder diretivo do empregador em face dos direitos de personalidade do empregado. Assim, embora o empregador detenha o direito de fiscalizar, dirigir e punir, este direito não é absoluto, ao passo que encontra limitação no que diz respeito aos direitos fundamentais do empregado. Isso ocorre em virtude da preponderância dada à pessoa humana, que não pode sofrer abusos decorrentes de qualquer meio de poder.

No capítulo seguinte, cuidou-se de analisar a possibilidade de reparação de eventual dano causado ao trabalhador nos casos em que houver excesso do uso do poder diretivo em face dos direitos de personalidade do trabalhador, especialmente o direito de imagem.

Nessa perspectiva, cabe referir que a imagem da pessoa envolve aspectos tanto físicos quanto morais, no sentido de que a imagem não se trata apenas da exibição física, mas igualmente de características subjetivas das pessoas.

Nessa senda, verifica-se que não são raras as vezes em que ocorre ofensa à honra daquele que teve sua imagem explorada de maneira abusiva.

Configura-se uso indevido da imagem as circunstâncias em que a sua divulgação se deu forma ilegítima, ou seja, sem autorização, ou ainda quando utilizada com anuência, utilizada de tal modo que venha a denegrir a honra da pessoa.

Entretanto, nos casos em que houver autorização do uso da imagem, não há que se falar em direito de reparação.

No decorrer da pesquisa, discorreu-se sobre a (i)legalidade do uso da imagem do trabalhador, sem que haja previsão no contrato de trabalho. A par disso, é correto afirmar que

o poder diretivo do empregador não concede o direito de explorar a imagem do trabalhador sob a alegação de que é algo implícito decorrente do poder intra-empresarial, visto que a imagem do trabalhador abarca a seara dos direitos de personalidade, e estes são indisponíveis, personalíssimos e irrenunciáveis.

Nesse contexto, é válido concluir que, embora o empregador seja o detentor do poder de comando, esse não pode extrapolar as prerrogativas de direcionar, conduzir, punir, agindo de forma negligente no tocante aos direitos fundamentais conferidos ao trabalhador.

No estudo, foram colacionadas e analisadas decisões judiciais acerca do uso ilegítimo e abusivo da imagem do trabalhador, de modo que foram expostas duas correntes contraditórias no tocante à necessidade de autorização do empregado para divulgação de sua imagem.

Nesse sentido, pôde-se verificar que muitos julgadores estão despreparados para apreciar o referido tema, uma vez que há carência de sensibilidade e não são solícitos com a causa.

Inobstante a falta de comprovação de dano causado por uso da ilegal da imagem, o que deve preponderar é o direito de imagem conferido ao trabalhador, pelo simples fato de ser um direito personalíssimo e indisponível.

Com isso, resta claro que o empregador, com seu poder diretivo que lhe é garantido, poderá exercê-lo, contudo, de forma limitada, tendo em vista os direitos fundamentais do trabalhador.

Logo, com o intuito de evitar ações trabalhistas referentes ao presente tema, o adequado seria que empregado e empregador formalizassem o uso da imagem do empregado, bem como os termos de utilização, de modo que a boa-fé seja predominante na relação contratual, e com isso, os objetivos de cada parte sejam alcançados, e a dignidade da pessoa humana preservada.

REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. 1ª ed. (ano 2003), 6ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro*. p. 13. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br/img/artigos/Tutela.pdf>> acesso em: 12 out.2012.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. – 5 ed., rev., atual. e ampliada – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos de personalidade e sua aplicação às relações de trabalho. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*. Direitos Fundamentais e Justiça. Porto Alegre: HS Editora, Ano 3 – nº 6 – Jan./Mar. 2009.

ASSIS NETO, S. J. de. *Dano moral e aspectos jurídicos: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. Araras: Bestbook, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm.> Acesso em: 26 de ago. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento nº 70500-88.2009.5.02.0004. Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma. Brasília, DF, 17 out.2012. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acessado em 19 out.2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. TST-RR-28140-17.2004.5.03.0092. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, DF, 10 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acessado em 17 out. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. TST- RR - 1333800-44.2008.5.09.0010. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Brasília, DF, 16 de out. 2012. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acessado em 19 out. 2012.

CAMINO, Carmem. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. *Os direitos de personalidade e o contrato individual de trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jul 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr. 2010.

_____. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2001.

DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil. A parte geral do novo Código Civil / Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3ª ed. revista – Gustavo Tepedino (coordenador). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAZ, Fábio. *A evolução histórica do Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucaohistorica.htm>> Acesso em 22 de setembro de 2012.

FREITAS, José Mello de; GEHLEN, Eunice (Coord.) *Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2003.

FURTADO, Emmanuel Teófilo; MENDES, Ana Stela Vieira. *Os direitos humanos de 5ª geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho - Inércias, avanços e retrocessos na Constituição Federal e na legislação*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008. Brasília. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_335.pdf> Acesso: em 04 ago. 2012.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo*. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho* – São Paulo: LTr, 2002.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. *Jogador profissional – direito de arena e direito de imagem*. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/direito_arena_imagem.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, 4ª região. Recurso Ordinário. Acórdão nº 0000103-73.2011.5.04.0005. 10ª Turma. Relator: Milton Varela Dutra. Porto

Alegre, 16 de ago. 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 19 de out. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 0001510-94.2010.5.04.0702. Relator: José Cesário Figueiredo Teixeira. 1ª Turma. Porto Alegre, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acessado em: 19 de out. 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. – São Paulo: LTr, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso Ordinário. Acórdão nº 20120978363. 4ª Turma. Relator: Paulo Sérgio Jakutis. São Paulo, 21 de ago. de 2012. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>>. Acesso em: 19 de out. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET. Ingo Wolfgang. MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A proteção constitucional à imagem do empregado e da empresa*. Rev. TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo. et tal. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. – São Paulo:LTr, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª edição atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional*. 3.ed. rev. e ampl. – Passo Fundo, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.