

## DIREITO À IMAGEM NO DIREITO DO TRABALHO: DIREITO À IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 23/2013 | p. 121 - 148 | Jan - Jun / 2013

Doutrinas Essenciais de Dano Moral | vol. 1/2015 | p. 169 - 195 | Jul / 2015

DTR\2013\3334

### Eliegi Tebaldi

Doutoranda e Mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

### Jólia Lucena da Rocha Melo

Mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar. Juíza do Trabalho da 21.<sup>a</sup> Região.

### Lucina Estevan Cruz de Oliveira

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Mestranda em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da USP. Ex-Juíza do Trabalho da 15.<sup>a</sup> Região. Procuradora do Ministério Público do Trabalho da 9.<sup>a</sup> Região - PTM de Londrina.

### Área do Direito: Trabalho; Desportivo

**Resumo:** Este estudo é dedicado à análise dos direitos da personalidade em especial o direito à imagem do atleta profissional de futebol. Trata-se de tema de grande relevância no Direito do Trabalho brasileiro, bem como no Direito Desportivo. O artigo inicia-se analisando o direito à imagem. Em seguida, estuda-se o direito à imagem do atleta profissional de futebol. Por fim, analisa o contrato de licença de uso de imagem. Chega-se à conclusão do estudo, com os argumentos finais e posicionamento de que não se descarta a possibilidade que os clubes mantêm com os atletas falsos contratos de licenciamento de imagem, de forma a burlar os contratos trabalhistas, as obrigações previdenciárias e fiscais. Todavia, em não havendo registro de fraude ao contrato de trabalho, configura-se o contrato de licença de uso de imagem.

**Palavras-chave:** Direito à imagem - Atleta profissional de futebol - Contrato de licença de uso de imagem - Direitos da personalidade - Direito do trabalho - Direito desportivo.

**Abstract:** This study is dedicated to the analysis of the individual rights in particular the image rights of the football player professional. It refers to a great relevance theme in Brazilian Labour Law as well as Sports Law. The article begins by analyzing the image rights. Then, it studies the image rights of the professional footballer. Finally, it analyzes the image license agreement between professional football player and football club. The article is concluded with the exposition of the final arguments and the position that does not rule out the possibility that the clubs have with athletes false image licensing agreements to defraud the labor contracts, social security tax and fiscal obligation. However, if there is no fraud in the employment contract it will be characterized the use of image license contract.

**Keywords:** Image rights - Professional football player - Image license agreement - Personality rights - Labor Law - Sports Law.

### Sumário:

1. INTRODUÇÃO - 2. DIREITO À IMAGEM - 3. O CONTRATO DE EMPREGO E O DIREITO À IMAGEM - 4. O ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL E O DIREITO À IMAGEM - 5. CONCLUSÃO - 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de pesquisa realizada na disciplina *Direitos da Personalidade e Direito do Trabalho*, no Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Trabalho e da Seguridade Social, ocorridas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, durante o segundo semestre de 2010, tendo como professores responsáveis Antônio Rodrigues Freitas Jr., Otávio Pinto e Silva e Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.

A importância da proteção dos direitos da personalidade do trabalhador vem se revelando em

ascensão contínua, sobretudo no âmbito das relações trabalhistas, o que termina por traçar-se como uma das matérias mais discutidas no direito do trabalho brasileiro atual.

Dessa forma, inicialmente, procurou-se abordar o direito à imagem como um direito fundamental da pessoa humana para, em seguida, inseri-lo na esfera trabalhista. O indivíduo ingressante na relação de emprego na situação jurídica de subordinação não perde sua dignidade e posição de ser humano dotado de direitos fundamentais. Por consequência, postulados devem ser observados no tocante ao direito à imagem dos empregados em geral.

Contudo, em virtude da dimensão que assume o direito à imagem no que concerne a certas profissões mais atreladas à fama, como é o caso dos atletas profissionais de futebol, em que mais incidência há na discussão das possíveis restrições da proteção a dito direito, optou-se por tecer ponderações mais aprofundadas sobre o tema.

Assim, embora se parta da concepção que os direitos de personalidade, nos quais se enquadra os direitos à imagem, são de titularidade de todos os cidadãos, em sentido *lato*, não se deixa de compatibilizar, de modo mais acurado, com as evidentes situações peculiares, nas quais a proteção do direito à imagem ganha temperos diferenciados da ampla previsão constitucional.

Sendo este o caso dos atletas profissionais de futebol, cuida-se apropriadamente das situações em que sua imagem é explorada, agregando-se a discussão os conceitos de imagem profissional e imagem pessoal, e assim de direito de arena e contratos de licença de uso de imagem.

Deste ponto central parte-se para as reflexões acerca de natureza jurídica dos institutos abordados na essência da imagem do jogador profissional, com amparo não só da literatura jurídica, mas também da jurisprudência, não descartando, ainda, discussões mais pontuais quanto aos institutos em si, tais como aos efetivos beneficiários do direito de arena, a questão dos flagrantes de espetáculo não se incluírem no instituto do direito de arena, bem como a análise da natureza do contrato de licença de uso de imagem.

Tratam-se de assuntos curiais ao pronto entendimento das vicissitudes quando a temática é direito a imagem do atleta profissional de futebol, cujo tratamento auxilia, sobretudo, a formular concepções de que a honra não precisa ser atingida para que a imagem o seja, bem como que direito de arena não resguarda o direito à imagem pessoal e que um instituto não deve ser qualificado como de natureza salarial pelo tão fato de uma presunção geral de fraude.

Em verdade, a partir da proposta análise de uma específica relação empregatícia (do atleta profissional de futebol) busca-se destrinchar aspectos atinentes ao direito à imagem como um todo, de forma a desconstituir algumas ideias há muito permeadas no imaginário jurídico e tornar outras ainda mais consistentes, com um única intenção: fortalecer, um pouco mais, a proteção dos direitos de personalidade na seara justrabalhista, tema dos mais atuais.

## 2. DIREITO À IMAGEM

O art. 5.º, X, da CF/1988 (LGL\1988\3) declara como inviolável a imagem das pessoas e, consequentemente, assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Dessa forma, o direito à imagem é um direito fundamental.

A imagem serve à identificação pessoal. CARLOS ALBERTO BITTAR define direito à imagem nos seguintes termos: "Direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade".<sup>1</sup> José Afonso da Silva afirma que a inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico.<sup>2</sup> Todavia, outros autores<sup>3</sup> distinguem a imagem no aspecto físico, que é a imagem-retrato; daquela em que o indivíduo é visto socialmente, conhecida como imagem-atributo. Em ambos os casos, a proteção jurídica reside em um único bem que é a imagem.

O direito à imagem foi admitido pela primeira vez em 1896, por H. Keyssner.<sup>4</sup> Até então, os autores aproximavam o direito à imagem ao direito à intimidade, bem como ao direito à honra. Cumpre estabelecer, portanto, algumas distinções entre essas entidades jurídicas.

A intimidade é o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de tudo a que ela se refira.<sup>5</sup> A vida privada, por sua vez, é mais abrangente e engloba a pessoa, seus

familiares e amigos no seu modo de vida, como o direito da pessoa viver sua própria vida.<sup>6</sup>

A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação.<sup>7</sup> Essa é a definição de honra objetiva que existe, paralelamente, ao conceito de honra subjetiva que é o sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade.<sup>8</sup>

Essas distinções são fundamentais para identificar quando se trata de uma violação ao direito à imagem ou a outro direito de personalidade, pois as legislações pautam-se pela autonomia do direito à imagem como uma proteção ampla e desvinculada do direito à honra. Assim, exposições abusivas e publicações da imagem são repreendidas mesmo que não haja ofensa para o decoro ou reputação.

Então, atribui-se ao direito à imagem uma importância geral, que somente pode ser limitada por exceções específicas impostas pelo interesse público. O direito à imagem tem como conteúdo a exclusividade da imagem como peça identificadora e será violado na hipótese de lesão à identidade pessoal.

O titular pode dispor do direito à imagem, por meio do consentimento. Todavia, é possível obter o direito à imagem de modo limitado às circunstâncias pré-excludentes da necessidade de consentimento, a saber: (a) a imagem faz parte da história ou da vida do lugar, do Município, do Estado-membro ou do Estado; (b) a figura é parte de cenário local ou panorama fônico; (c) se se trata de cessão, ou cena, ou reunião, em que a pessoa toma parte; (d) o interesse público, científico, artístico ou outro, de semelhante relevância, passa a frente do interesse individual da pessoa; (e) identificação compulsória ou necessária a algum ato de direito público ou privado.<sup>9</sup> Essas pré-excludentes da necessidade de consentimento já estavam previstas no § 23 da Lei sobre o direito autoral de obras de artes visuais e fotografia (*KunstUrhG*), de 9 de janeiro de 1907 da Alemanha.<sup>10</sup>

Dessa forma, a captação da imagem de empregados em eventos comemorativos do dia do trabalho não configura lesão ao direito da personalidade. Essa pré-excludente de necessidade de consentimento é corroborada pela decisão do TST, *in verbis*:

“Agravos de instrumento. Publicação de foto em jornal. Comemoração ao dia do trabalho. Ausência de lesão à imagem. Dano moral inexistente. Matéria fática. Desprovimento. Realçado pela Corte *a quo* os fundamentos fáticos pertinentes à publicação de foto de empregados, incluída a autora, com o fim de homenagear os empregados, sem intuito de auferir lucro com a publicação, não há como se proceder à reforma da v. decisão recorrida que entendeu pela ausência de lesão à imagem da autora, inviabilizando o pedido de indenização por dano moral. Incidência da Súmula 126 do C. TST” (TST, AgIn em RR 1834/2005-014-08-40.9, 6.<sup>a</sup> T.).

É imperioso ressaltar que mesmo nos casos em que o consentimento não seja necessário, se a exposição ou colocação à venda atingem a honra do indivíduo, a conduta será antijurídica e deverá ser reparada.

O consentimento para a publicação ou exibição da imagem não é conteúdo do direito à própria imagem e, sim, exercício do direito à imagem. Por isso, o direito à imagem enquadra-se como um direito da personalidade que não se transmite e cessa com a morte que é o fim da personalidade civil. Entretanto, determinadas pessoas que se encontram em situação de parentesco com o extinto, tem o direito de consentir ou não na reprodução, exposição ou venda da sua imagem. Caso não haja o consentimento e ocorra alguma violação da imagem, os parentes arrolados na lei civil poderão exercer o direito de ação pertinente.

No direito brasileiro, o art. 20 do CC/2002 (LGL\2002\400) traz a tutela do direito à imagem como um direito da personalidade.<sup>11</sup>

Dessa forma, a legislação pátria em vigor exige a autorização para a utilização do uso de imagem, salvo nas circunstâncias em que haja interesse público em sua identificação. O direito à imagem é ponderado com o direito à informação. Ao exercer o direito à imagem, o titular necessita exprimir uma autorização expressa que se consubstancia na licença de uso e, por conseguinte, a interpretação deve ser estrita.

Caso não exista o consentimento para divulgação da imagem ou ocorra o desvio de finalidade do uso autorizado,<sup>12</sup> nasce para o titular do direito da personalidade a pretensão de exigir a reparação do dano que lhe foi causado pela conduta antijurídica.

Com o fim da personalidade civil, as pessoas próximas do morto passam a ter direitos, pretensões e ações na medida em que a repercussão da causa de cada deles ou de cada uma delas em tais pessoas. Trata-se de tutela de interesse próprio, posto que fira a memória do de *cujus*.<sup>13</sup>

Por se tratar de um direito da personalidade, em caso de lacuna legislativa sobre o direito à imagem, aplica-se, subsidiariamente, a disciplina dos direitos da personalidade que foram positivadas no Código Civil (LGL\2002\400) de 2002.<sup>14</sup>

Feitas essas considerações iniciais sobre o direito à imagem, cumpre analisar os efeitos na relação de emprego.

### 3. O CONTRATO DE EMPREGO E O DIREITO À IMAGEM

A relação que se observa entre o contrato de emprego e à proteção do direito à imagem se perfilha por dois fatores básicos, por sua vez, indissociáveis, principalmente observado o nosso contexto cultural de herança escravocrata: o perfil dos poderes patronais exacerbados e a sempre, premente, necessidade de progredir na inserção de conceitos de cidadania nos contratos de emprego, em reflexo.

Preclaro se tem que tal realidade de concentração de poderes empregatícios nas mãos do empregador não é exclusividade dos países com passado escravagista, mas sim que nestes, o molde das relações empregatícias foi cunhado em perfil de empregado como propriedade do empregador.

Não é de hoje que se almeja alertar para a não coisificação do ser humano. Inclusive, já apregoava Kant: “o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como um fim em si mesmo”.<sup>15</sup>

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), de outra esteira, contempla na Declaração da Filadélfia, dentre seus princípios fundamentais, os quais lhe servem de direção quanto ao balizamento nas questões de atuação do capital face ao trabalho, o de que *o trabalho não é uma mercadoria*.

Neste contexto, tais argumentos fazem-se suficientes a vislumbrar o teor da importância conferida à pessoa do trabalhador, no sentido de ser tratada exatamente como ela é, uma pessoa.

Até porque, mesmo antes de se tratarem de trabalhadores, têm direitos fundamentais açambarcados pelo simples fato de serem seres humanos, sejam estes direitos individuais, sociais ou de qualquer outra classificação geracional, independentemente da categoria profissional que lhe agregue pelo momento.<sup>16</sup>

Contudo, como já se fez anotar, numa conjuntura moldada para a ideia de que o empregador é o detentor dos poderes empregatícios de modo a potencializá-los, diante da necessidade de emprego, com o poder potestativo de rescisão contratual, é quase cair no vazio no que tange a qualquer resguardo de direitos dos trabalhadores, sobretudo de direitos de personalidade, nos quais encontra lugar o direito à imagem.<sup>17</sup>

Da implicação dos fatores iniciais (cidadania e poderes patronais) resta um aceite velado, por vezes, ao vilipêndio dos direitos de personalidade, diante da necessidade de trabalho pela parte mais débil da relação.

Diferentemente de relações públicas ou outras privadas em que a relação de poder se vê um tanto diluída, as amarras das relações empregatícias concentradas em elos de receio de rescisão contratual imotivada levam os empregadores, em consideráveis situações, a se verem despidos de toda a sua essência de pessoa e, assim, de permitirem a lesão aos seus direitos mais caros.<sup>18</sup>

Visualizados os dois referidos fatores mais destacados, há de se somar, no âmbito analisado, o

elemento personalíssimo da imagem, com os reiterados e constantes avanços tecnológicos comunicacionais.

Ante o dinamismo das técnicas e o dinamismo da própria essência da imagem em termos de comunicação, conseguindo por vezes uma imagem captar o que mil palavras não definem, avultam as hipóteses de transgressão dos direitos à imagem.

Ademais, não se olvida que, nos ambientes laborais, os próprios mecanismos tecnológicos empregues para fins de proteção patrimonial do empregador, a exemplo de câmeras, máquinas fotográficas digitais, dentre outros, contribuem efetivamente para a progressão de conflitos em que a imagem do empregado é usada de maneira indevida, configurando, por mais um motivo (ainda que na mesma esteira de concentração de todo um feixe de poderes nas mãos do empregador) um ambiente totalmente propício a violação de tal direito de personalidade.

Assim, encontra o capital o terreno fértil a lesão dos direitos de personalidade, dentre os quais os de imagem, com uma vítima vulnerável, e com chances reais de não apenas não despendar mais valores para fins de proteção do patrimônio e de divulgação da empresa, mas também de evolver mais lucro, com a divulgação da imagem do trabalhador (como se um modelo fosse) em benefício da empresa.

Assim, ao se valer o empregador da utilização da imagem do empregado, sem autorização deste, mesmo que para fins não degradantes e humilhantes, o faz ilicitamente, por ser este um direito de personalidade autônomo daquele ser,<sup>19</sup> motivo pelo qual merece ser tal ato rechaçado e os danos dele decorrentes devidamente indenizados, talvez de modo ainda mais enérgico que em casos outros de relações eminentemente civis, visto que em espécie, vale-se o lesante da posição de vulnerabilidade do lesado.

Uma hipótese corriqueira é o uso da imagem do empregado em anúncios comerciais e em publicidade para a empresa em que está vinculado, sem autorização expressa. Apesar de existir um vínculo jurídico preexistente entre empregado e empregador, não há a autorização para divulgação da imagem e o fim último da empresa é estimular o consumo. Nesse caso, veja-se o seguinte julgado:

“Agravado de instrumento em recurso de revista. Uso de imagem. Indenização. O Tribunal *a quo*, com base nas provas dos autos, concluiu que a imagem do trabalhador serviu como meio de divulgação de marca alheia, sem a sua prévia autorização, condenando a reclamada à indenização por uso indevido de imagem. Dessa forma, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o revolvimento de fatos e provas, campo em que remanesce soberana a Corte Regional. Agravado de instrumento conhecido e não provido” (TST, AgIn no RR 173840-91.2005.5.01.0044, 8.<sup>a</sup> T.).

Ressalva-se, contudo, que esse direito à imagem do empregado deve ser ponderado com outros direitos também constitucionalmente garantidos, em observância ao princípio da razoabilidade. Esse princípio é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a Justiça. É razoável o que é conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação, harmonia, aquilo que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.<sup>20</sup>

Assim, a informação da imagem-atributo do farmacêutico responsável por determinado medicamento é razoável enquanto o produto estiver em circulação e os consumidores estiverem submetidos aos seus efeitos em consideração ao princípio da transparência que rege as relações de consumo e ao direito subjetivo à saúde. Nessa seara, manifestou-se o E. TST, *in verbis*:

“Agravado de instrumento da reclamada. Incidência do FGTS sobre o avisoprévio indenizado. Adicional de periculosidade. Pagamentos – por fora – FGTS sobre a gratificação adicional. multa aplicada à testemunha. O presente agravado de instrumento não merece ser provido, na medida em que não desconstituiu os fundamentos sobre os quais se alicerçou a decisão agravada para denegar seguimento ao recurso de revista. Agravado de instrumento conhecido e não provido. (B) Recurso de revista do reclamante. Dano moral. Uso de imagem. Inexistência. Violação dos incs. V e X do art. 5.<sup>o</sup> da CF/1988 (LGL\1988\3) não configurada. O Regional fixa o quadro fático de que o reclamante era o único farmacêutico responsável da empresa reclamada – que atua no ramo da fabricação e comercialização de medicamentos – motivo por que os produtos identificavam no lacre o seu nome,

como profissional responsável. Nessa circunstância, não se caracteriza o uso indevido de imagem, por parte da reclamada, ao comercializar o estoque restante com o nome do reclamante, porque resultado da sua atividade laborativa, quando ainda em vigor a relação de emprego. Some-se o fato de que o dano moral passível de reparação pressupõe, necessariamente, a prática de conduta ilícita por parte do empregador capaz de macular significativamente a imagem do trabalhador, causando-lhe prejuízos na esfera psicológica e social, o que, em hipótese alguma, se identifica com o quadro fático em exame. No caso dos autos, os produtos comercializados pela reclamada são de relevante alcance social, inclusive, com repercussão no âmbito do direito do consumidor, razão pela qual não pode, abruptamente, retirá-los do mercado, em prejuízo dos próprios usuários, sob pena de ser civil e penalmente responsabilizada. Intactos, por conseguinte, os arts. 5.º, V e X, da CF/1988 (LGL\1988\3). Recurso de revista não conhecido” (TST, Agln em RR e RR 85763/2003-900-02-00.6, 8.ª T.).

Portanto, o direito à imagem do empregado é autônomo ao contrato de trabalho e necessita de autorização expressa para eventual divulgação. Entretanto, em ocasiões excepcionais, o direito à imagem confronta-se com outros direitos constitucionalmente assegurados e a solução deve ser permeada pelo princípio da razoabilidade.

Cumpra registrar que pela natureza de determinadas atividades, a notoriedade do empregado é manifesta. Como o direito regula essas questões?

### **3.1 O direito à imagem em profissões atreladas à fama**

Em que pese todo e qualquer trabalhador, toda e qualquer pessoa, tenha direito a proteção de sua imagem,<sup>21</sup> bem como de todos os outros direitos de personalidade, há trabalhadores que, em virtude da fama desencadeada por suas atuações profissionais, atraem um tratamento diferenciado no que tange ao trato do resguardo à imagem, é o caso de artistas em geral, músicos, modelos e atletas profissionais de futebol.

Dito de outra forma, as controvérsias tendem a se encontrar mais presentes nestas profissões, nas quais a fama do trabalhador faz com que a exposição de sua imagem ganhe outras proporções.

Assim, embora o direito à imagem seja afeto a todos os cidadãos, aquelas pessoas que, pela própria natureza de suas profissões, sejam suscetíveis a uma exibição pública, vão encontrar outros temperos no tocante ao exame da utilização de sua imagem, motivo pelo qual se costuma afirmar que “a proteção do direito à imagem interessa basicamente a duas espécies de relação especial do trabalho: a dos artistas e a dos atletas profissionais de futebol”.<sup>22</sup>

Destas profissões diferenciadas, resolvemos focar especificamente sobre o direito à imagem do atleta profissional de futebol, considerando que os jogos de futebol, pela sua importância em nosso país e em boa parte do mundo, fazem extrapolar o contrato do atleta com a agremiação desportiva do simples contrato trabalhista, fazendo do atleta um super empregado, pois ao exercer a atividade de jogar futebol consegue angariar renda para o seu clube, patrocinadores e empresas com a sua imagem, o que se passa a considerar.

## **4. O ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL E O DIREITO À IMAGEM**

Tendo em vista o elemento da fama agregado à pessoa do profissional atleta de futebol, o seu direito à imagem é ligeiramente adaptado à sua atividade profissional. Em decorrência das características intrínsecas de sua atividade profissional, este empregado exhibe-se em público, de forma que sua contratação trabalhista, por si só, opera uma espécie de cisão de imagem deste atleta profissional em duas vertentes: a imagem profissional e a imagem pessoal.<sup>23</sup>

Enquanto a imagem profissional é atribuída àquela que permanece durante toda a sua atuação profissional, a imagem pessoal é a residual, a que permanece em todos os demais momentos de sua vida civil, exceto durante o cumprimento do contrato trabalhista.

A existência da imagem profissional é o que distingue o atleta de futebol profissional, os músicos, artistas e modelos dos demais trabalhadores que não exploram sua imagem para fins da atividade laborativa que desenvolvem, o que permite dizer que o âmbito de resguardo da imagem destes últimos se encontra em maior proporção do que em relação aos primeiros, vez que os últimos não encontram a cisão em duplos perfis de imagens, mas tão somente a sua imagem pessoal.

Esta cisão que se opera entre a imagem pessoal e a imagem profissional do atleta de futebol profissional é o que permite a identificação do contrato de trabalho deste, na prática, com um contrato de cessão de sua imagem profissional para todas as atividades vinculadas ao exercício de sua atividade.

Deste modo, em virtude da especificidade da profissão, a imagem do atleta, nos períodos em que se encontra a serviço do empregador, é a este cedida a título gratuito, haja vista que seu salário contratual remunera tão somente a sua atividade, a prática do futebol.

Isso não quer dizer, contudo, que se trate de uma cessão presumida, até porque a Constituição Federal (LGL\1988\3) rechaça esta possibilidade.<sup>24</sup> O consentimento faz-se elemento obrigatório, haja vista a natureza do contrato de trabalho do atleta exigir a exibição de sua imagem. De outro modo, perfaz-se o contrato para o fito de jogar futebol, não havendo maneira de desenvolver tal atividade sem a exibição da imagem do jogador.<sup>25</sup>

Vislumbrando essa necessidade de exibição da imagem do jogador, é válido ressaltar que esta exibição somente se faz indispensável no tocante ao efetivo exercício da atividade, de modo em que, neste caso, o uso da imagem não vinculado à prática do exercício permanece íntegro no patrimônio pessoal do atleta.

É que como relembra Dirley da Cunha Jr., mesmo em relação a locais públicos frequentados sem relação com a profissão, quem os frequenta não abre mão do seu direito à imagem nem pode ser fotografado sem o seu consentimento, pois “apesar do local ser público essa circunstância, por si só, não autoriza a violação do direito à imagem das pessoas, nem presume renúncia a esse direito, que, por ser fundamental, é irrenunciável”.<sup>26</sup>

É exatamente esta bifurcação entre imagem profissional e imagem pessoal que possibilita o atleta angariar repercussões econômicas com a exploração de sua imagem pessoal, ao atrelá-la a produtos e serviços em geral.

Entretanto, a bifurcação imagem profissional e imagem pessoal não se firma tão somente no sentido de gerar tratamentos diferenciados em relação aos diferentes tipos de profissões, como já anotado, nem se resume à possibilidade de atrelar a possível exploração pelo atleta de sua imagem a produtos e serviços em diversas espécies de contratos de publicidade. Referida dissociação é responsável, também, pela análise diferenciada de dois institutos que tendem a ser confundidos em relação aos atletas profissionais de futebol no Brasil: o direito de arena e o direito de imagem propriamente dito, passando tais institutos a serem analisados em separado.

#### 4.1 Direito de arena

O direito de arena se insere no aspecto mais voltado ao direito à imagem profissional, de modo que não requer do empregador pagamento de quaisquer indenizações ou contrapartida ao empregado em caso de exibição, mas se faz imperativo que se projetem os lucros com a transmissão televisiva para os jogadores que compuseram o espetáculo.

Por outro lado, há quem afirme que não encontraria o direito de arena vinculação com o direito à imagem, uma vez que “os titulares são distintos”.<sup>27</sup> Enquanto no caso do direito à imagem o detentor é a pessoa física do jogador, no direito de arena o detentor é a agremiação desportiva, de modo que o direito de arena comportaria um direito conexo ao de autor que não o seu direito à imagem.<sup>28</sup>

Carlos Alberto Bittar inclusive expõe claramente neste mesmo sentido:

“Daí o caráter híbrido de que se reveste esse direito, ao reunir, em seu âmbito, direitos da entidade e dos atletas, e destes, a título de participação (que na prática consiste em cobrança feita pelos clubes) (...) esse direito não se confunde com o de imagem, pois a titularidade cabe à entidade (clube ou associação de desportos), embora, na verdade surjam para o telespectador, os atletas como centros de atração de espetáculo.”<sup>29</sup>

Isso demonstra que efetivamente não se trata tal ilação de ponto pacífico na literatura jurídica nem tampouco na jurisprudência, sendo comum a confusão que se faz entre o direito à imagem pessoal e este instituto, bem como a vinculação de tal direito aos direitos conexos, como visto, o que adquire temperos pelo fato do direito brasileiro garantir a participação, em valores, pela transmissão do

espetáculo pela cadeia televisiva.<sup>30</sup>

Pertinente é a crítica apontada por ARION SAYÃO ROMITA acerca desta qualificação, pelo que se transcreve:

“O direito de arena era previsto pela Lei de Direitos Autorais (Lei n. 5.988, de 14.12.1973). Por isso, era considerado um direito ‘conexo’, ‘vizinho’ ao direito do autor. Todavia, a Lei n. 5.988 foi inteiramente revogada pela Lei n. 9.610, de 1988 (nova lei de direitos autorais), que omitiu a previsão do direito de arena, por entender o legislador não ser apropriada a inserção dessa matéria na legislação pertinente ao direito autoral. Em consequência desses fatos, coube à Lei n. 9.615 de 1998 (Lei Pelé), incluir expressamente o direito de arena na regulação da atividade do atleta profissional do futebol. Não faz sentido, portanto, continuar a qualificar o direito de arena como ‘conexo’ ou ‘vizinho’ ao do autor. O direito de arena não se avizinha do direito do autor, pois enquanto o primeiro deriva do direito à imagem, o direito do autor emerge como reflexo da personalidade do homem, como criador de obra intelectual. Direitos autorais não guardam pertinência com a exploração da imagem da pessoa.”<sup>31</sup>

Deste modo, dada a coerência com sua fonte – o direito personalíssimo à imagem – o direito de arena não pode ser encarado como espécie de direito conexo ao do autor, e, dada a essência da atividade de atleta profissional de futebol, também não pode guardar relação com o direito à imagem pessoal,<sup>32</sup> de modo que o mais adequado é considerar a exibição do atleta, em atividade, como decorrência do direito à imagem profissional e a retribuição de sua participação, caso a agremiação opte por receber valores por transmissão televisiva, como efetivamente decorrente do espetáculo.

Assim, em que pese do ponto de vista da agremiação o direito de arena não comporte a classificação de direito à imagem, do ponto de vista do atleta que tem sua imagem exibida, ainda que sua imagem profissional; é iniludível a decorrência dos reflexos do direito de arena para si como sendo justamente desta última, da imagem profissional em contato com a participação no espetáculo, como bem preceitua a Constituição Federal (LGL\1988\3) em seu art. 5.º, XXVIII, a.<sup>33</sup>

Feitas tais considerações, passa-se a analisar alguns pontos que, por sua peculiaridade, merecem um exame mais acurado e em separado, ao que se passa a proceder.

## **4.2 Pontos nodais**

### **4.2.1 Flagrantes de espetáculos e direito de arena**

Considerando que os flagrantes de espetáculo ocorrem tão somente quando em curso o espetáculo, a Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) preconizou, no § 2.º de seu art. 42, que o direito de arena não é devido em relação aos flagrantes de espetáculo ou de eventos desportivos para fins jornalísticos ou educativos, desde que a duração não exceda a 3% do total do tempo previsto para o espetáculo.<sup>34</sup>

Referida exceção não atenta contra o direito à imagem do atleta profissional de futebol, vez que não sendo este absoluto, houve a opção por privilegiar o direito à informação. De outro lado, o intuito do legislador ao tutelar o direito à imagem não é proceder a monetarização excessiva dos reflexos econômicos que a exibição da imagem pode gerar, mas sim de protegê-la em sua essência.

### **4.2.2 Valor fixo e rateio**

Em sendo uma vez exibido o espetáculo, seja em sua inteireza ou se excedendo a faixa dos 3%, o atleta profissional passa a ter direito sobre a participação no espetáculo, conforme já anotado, sendo esta de no mínimo 20% do auferido pela agremiação desportiva, valor este que passará a ser rateado entre todos os jogadores que participaram do espetáculo.<sup>35</sup>

O rateio desta importância, por sua vez, deve ser feito em partes iguais aos atletas que participaram do espetáculo, fator que não gera maiores discussões, restando estas residentes no tocante ao ponto sobre quem são os considerados participantes do espetáculo que fazem jus ao direito de receber tais valores.

Importa dizer, neste tocante, que a Lei não fez qualquer ressalva acerca de se deveria haver uma regra proporcional a aparição no evento ou não, de modo que participando o atleta, no banco ou como titular da partida televisionada, e recebendo a agremiação o valor a título de direito de arena,

terá referido atleta direito a quota parte idêntica a dos demais atletas participantes, respeitado o total global mínimo de 20% da quantia auferida pelo clube.

#### 4.2.3 Outros participantes: médicos, massagistas e técnicos

Problemática maior se insere no tocante a outros participantes do evento esportivo, tais como os médicos e os massagistas. Os árbitros não mereceram tratamento nesta oportunidade tendo em vista que suas implicações no tocante ao direito à imagem e outros mais não dizem respeito aos clubes, uma vez que não mantêm contratos laborais com estes.

O questionamento atinente aos médicos e massagistas é no sentido de por qual motivo não teriam direito de arena?

Uma primeira justificava se vincula a ausência e determinação legal. A Lei Pelé ao tratar do direito de arena conferindo parcela aos atletas não contemplou médicos e massagistas.

Outra justificativa que bem se molda é consubstanciada na tese da participação dos lucros, levando em consideração que, embora assim como os jogadores que sabem da provável aparição, o lucro não vem meramente pela exposição do atleta, mas sim pelo espetáculo propiciado pela equipe de jogadores.

De toda forma, na visão de Homero Mateus Batista da Silva, essa situação merece ser reavaliada.<sup>36</sup> Compartilhamos desta tese de necessidade de reavaliação, contudo, não sob a ótica de direito de arena, mas como de resguardo do direito à imagem pessoal, já que o exercício de sua atividade (do médico e do massagista) não necessariamente implica em exibição.

Os médicos e massagistas, em que pesem possam vir a ter a imagem exibida durante a transmissão de um evento esportivo, não podem compreender em dita exibição algo típico do exercício de sua atividade, tal qual ocorre com um advogado, um auxiliar de serviços gerais, um enfermeiro, um contabilista ou qualquer outro profissional que não atletas e de artistas que têm a exibição da imagem como essência da atividade desempenhada.

Os médicos e massagistas são contratados para desempenhar suas funções de médicos e massagistas, sendo o comum que as desempenhem sem o uso da imagem, ao passo que o jogador profissional jamais poderia fazê-lo.

Assim sendo, tornando a aspectos iniciais da análise, o tipo de atividade profissional faz adequar o âmbito de proteção do direito à imagem preconizado na Constituição Federal (LGL\1988\3), encontrando, no caso dos atletas profissionais, o lastro de sua restrição pela Lei 9.615/1998 que autoriza a veiculação de suas imagens em decorrência da atuação.<sup>37</sup>

Deste modo, tecer ponderações a guisa de proteção à imagem de médicos e massagistas é assunto referente ao âmbito mais geral da proteção preconizada pela Constituição Federal (LGL\1988\3), o que implica em aduzir que se trata de âmbito de proteção de imagem pessoal não podendo ser tratado sob a ótica de direito de arena.

De outro lado, no tocante aos técnicos, pareceria bem apropriado que as alterações acerca do tratamento jurídico de sua imagem fossem conferidas, no decorrer dos eventos televisionados, do mesmo modo como ocorre com os jogadores, ou seja, no âmbito do direito de arena.

Contudo, diante da ausência de inclusão legal deste personagem, o entendimento tem sido preponderante no sentido de que o técnico não faz jus à participação dos dividendos do direito de arena, sendo neste sentido inclusive a linha de argumentação jurisprudencial, como se observa:

“Direito de imagem. Técnico desportivo. O técnico de equipe esportiva não faz jus ao direito de imagem garantido aos atletas porque assim não é considerado, em razão de não participar efetivamente do esporte e porque quando o legislador pretendeu estender os direitos dessa lei aos não atletas, o fez expressamente, como no art. 84, § 2.º, da Lei 9.615/1998” (TRT-2.ª Reg., RO 02495-2002-043-02-00-9, 6.ª T., rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro, DJ 15.06.2007).

#### 4.2.4 Natureza jurídica de parcela do direito de arena

Por fim, neste tocante, alcança-se o ponto mais nevrálgico concernente ao direito de arena, a

natureza jurídica que esta parcela assume. A problemática em grande parte tem raízes na confusão que parte da literatura jurídica e da jurisprudência costumam fazer entre imagem pessoal e imagem profissional.

Três são as principais correntes que se inserem para determinar a natureza jurídica do direito de arena, quais sejam: natureza indenizatória, natureza de gorjeta e natureza salarial.

A primeira linha de pensamento, que guarda caráter indenizatório à parcela, tem a seu favor a expressividade da Lei Pelé, a qual deixa assenta que o contrato de emprego não se vincula ao licenciamento da imagem do espetáculo.

Crê-se, inclusive, ser esta a linha de pensamento mais adequada, residindo suas brechas, contudo, no fato quase sempre corrente no direito do trabalho, o desvirtuamento do instituto antes as hipóteses fraudulentas, em que apresentam valores fixos, habitualmente adimplidos, quer tenha havido ou não transmissão e quer tenha sido ou não sido o atleta escalado para jogar ou permanecer no banco de reservas.<sup>38</sup>

Neste caso burlesco, é de se adiantar que se efetivaria a natureza salarial, vez que o pagamento restou desligado das condições e restou habitualmente realizado. Assim, der-se a nomenclatura que se quiser conferir, trata-se de salário, afinal, como se apresenta na clássica definição de José Martins Catharino, salário “é contraprestação devida a quem põe seu esforço pessoal à disposição de outrem em virtude do vínculo jurídico de trabalho, contratual ou instituído”.<sup>39</sup>

Assim, no caso do atleta profissional de futebol, sua atividade é jogar futebol e somente poderá realizá-la, como já visto, com a exibição de sua imagem profissional, tal qual o apresentador de televisão, que somente pode exercer sua atividade exibindo-se na mídia televisiva.

A segunda linha de pensamento confere ao direito de arena a natureza jurídica de gorjeta, integrando-se a remuneração e sendo paga por terceiros. Referida argumentação é defendida por boa parte da literatura jurídica e da jurisprudência, sendo no primeiro caso exemplificável pelo nome de Sávio Domingos Zainaghi, o qual sugere: “(...) O valor pago como direito de arena tem natureza jurídica remuneratória, uma vez sua similitude com as gorjetas, já que é pago por terceiros”.<sup>40</sup>

Nesta perspectiva, a crítica é feraz no que concerne ao fato de que, na realidade, não é adimplida por terceiros, mas pela própria agremiação desportiva, eis que é esta que procede ao pagamento conforme indicação legal, muito embora dita agremiação previamente receba a quantia total da emissora televisiva.

A terceira corrente doutrinária, por sua vez, aponta o direito de arena como sendo efetiva parcela de cunho salarial. Em regra, os que imprimem tal ordem de pensamento, ou se fundamentam no fato de que por decorrer do contrato de trabalho seria verba de caráter salarial<sup>41</sup> ou fundamentam-se justamente nas corriqueiras fraudes realizadas pelas agremiações com altos pagamentos habituais e fixos aos jogadores (muitas vezes que sequer foram escalados), de modo a deixar de recolher encargos previdenciários e fiscais.

Contudo, o fato do instituto ser constantemente desvirtuado não confere à literatura jurídica a possibilidade de alterar, em termos gerais, a sua natureza jurídica, como uma presunção de fraude genérica. A alteração somente se faz oportuna quando restar estabelecido, após apurada instrução, a existência de fraude trabalhista neste sentido.

De um modo geral, alguns fatos podem dar mostras da existência de desvirtuamento do instituto, de forma a autorizar a modificação da natureza jurídica, a partir da subsunção, a exemplo de pagamento do direito de arena em idêntico dia do pagamento do salário (mesmo com ausência de programação de partida), quando os adiantamentos desta verba costumam ser feitos em meses de recesso, bem como quando se perfaz a sobreposição de várias parcelas atinentes a arena.

De toda sorte, estas questões fraudulentas não se distanciam de outras que correm no âmbito do direito do trabalho, contudo, ganham um relevo maior em vista das importâncias astronômicas e das pessoas amplamente conhecidas e que servem de referencial.

#### 4.3 Direito à imagem pessoal

#### 4.3.1 Dualidade de contratos: contrato de trabalho e contrato de licença de uso de imagem

Como já se fez anotar, a condição de atleta de futebol profissional imprime a necessidade da visão diferenciada no aspecto da sua imagem, com a cisão desta em imagem profissional (pela restrição da proteção autorizada legalmente) e imagem pessoal (com o resguardo da imagem do atleta nos demais atos da vida civil que não durante o exercício profissional).

Acerca da imagem profissional já se procedeu a leitura adequada compatibilizando-a com o instituto do direito de arena em linhas anteriores. Já em relação à imagem pessoal deste cidadão é de se recordar ser exatamente ela que possibilita o atleta se vincular a produtos e serviços em gerais, inclusive da própria agremiação desportiva.

De outro lado, considerando todo o contexto midiático e consumerista que envolve o circuito do futebol e seus atletas, é normal a utilização de suas imagens agregada a produtos e serviços do próprio clube, impressas em chaveiros, bonés, como de outras empresas, álbuns de figurinhas, campanhas publicitárias de diversas empresas etc.

Neste contexto, principalmente no que toca a hipervalorização da imagem do atleta afora as competições esportivas, é natural que, rendendo a sua aparição atrelada a produtos de diversas marcas um lucro considerável, clubes bem organizados profissionalmente não deixem de explorar essa imagem do atleta. Contudo, frise-se bem: diferentemente do que ocorre em relação à imagem profissional, a imagem pessoal não encontra autorização para ser explorada pelo só fato da confecção do contrato de trabalho.

Diante desta realidade, aflora a concomitância de contratos duplos entre o atleta e a agremiação, onde, normalmente um é realizado entre a pessoa física do atleta e esta e o outro entre pessoa jurídica criada pelo atleta e o clube, sendo respectivamente os contratos de trabalho e de licença de uso de imagem.<sup>42</sup>

A problemática transparece, neste âmbito, quando a fraude se instaura e os clubes perfazem junto aos jogadores contratos de trabalho com valores ínfimos ao passo que contratos de licença de uso de imagem pessoal com valores estratosféricos, sequer explorando as finalidades deste último durante todo o decorrer do pacto.

É exatamente neste ponto que se incrementam as maiores discussões sobre o tema: a natureza jurídica das parcelas pagas a título de obrigações no contrato de licença de uso de imagem pessoal, o que se passa a visualizar em seguida.

#### 4.3.2 Natureza jurídica do contrato de licença de uso de imagem: contrato civil ou fraude ao contrato de trabalho?

Justamente em virtude da incidência considerável de fraudes ao contrato de trabalho através dos contratos de licença de uso de imagem, criou-se prática na literatura jurídica e principalmente na jurisprudência de considerar dito contrato autônomo civil em parte do contrato de trabalho e os valores destinados ao pagamento das obrigações naquele inscritas como verbas de caráter salarial.

Não é a toa que, de modo majoritário, a jurisprudência se encarrega de tecer tal panorama, como se arresta:

“Cessão de direito de exploração de imagem. Jogador de futebol. Natureza jurídica da parcela. Diferentemente do que ocorre no contrato de publicidade, onde o contratado cede o uso de sua imagem para promover determinado produto, mediante a retribuição financeira pactuada, o uso de direito de imagem do jogador de futebol tem sua origem nos predicados enquanto atleta, mas, principalmente, na condição de profissional empregado vinculado a determinado clube. Se a verba relativa ao direito de imagem tem origem no contrato de trabalho, obviamente está vinculada à sua execução. Indisfarçável, portanto, o propósito de mascarar o pagamento de salário sob a rubrica de direitos de utilização de imagem, sem natureza salarial. A questão em debate não envolve alta indagação jurídica, porquanto todos os valores percebidos em razão do contrato de trabalho têm natureza salarial, exceto os expressamente excepcionados (§ 2.º), diante da dicção do art. 457 da CLT (LGL\1943\5). Inteligência dos arts. 9.º e 457 da CLT (LGL\1943\5)” (TRT-2.ª Reg., RO 00569-2006-472-02-00-4, 7.ª T., rel. José Carlos Fogaça, DJ 19.09.2008).

“Atleta profissional. Jogador de futebol. Direito de imagem. Natureza jurídica da parcela. É manifestamente salarial a natureza jurídica da parcela denominada ‘direito de imagem’ paga ao Atleta pelo Clube que detém o seu atestado liberatório, uma vez que, assim como o salário *stricto sensu* tem como único fato gerador a contraprestação pela atividade laborativa do trabalhador” (TRT-2.<sup>a</sup> Reg., RO 00321-2002-012-02-00-3, 4.<sup>a</sup> T., rel. Sérgio Winnik, DJ 13.07.2004).

“Atleta profissional. Direito de imagem. A comercialização do uso da imagem dos atletas profissionais tem natureza salarial. Não se confunde a exploração da imagem por meio de contrato com terceiros, para fins publicitários, com aquela que decorre das atividades do atleta frente à agremiação, por meio da participação em campeonatos e lições outras” (TRT-2.<sup>a</sup> Reg., RO 00006-2003-015-02-00-6, 10.<sup>a</sup> T., j. 07.08.2007, rel. José Ruffolo, DJ 21.08.2007).

“Contrato de trabalho (em geral). Atleta profissional. Contrato de imagem – tal contrato existe tão somente em decorrência do contrato de trabalho do reclamante e também em razão da fama do autor no cenário do futebol demonstrando com isto que realmente esses contratos nada mais são do que subterfúgios das partes para se verem livres de encargos trabalhista, previdenciários e fiscais. Ao pactuarem tais contratos as partes comodamente não pagam tributos ao fisco, à previdência e nem ao FGTS, nada obstante a nítida natureza salarial que compõem o contrato de imagem – art. 9.<sup>o</sup> da CLT (LGL\1943\5)” (12.<sup>a</sup> Vara Trabalhista de São Paulo, Processo 321/2002, Juiz Glenner Pimenta Stroppa, j. 06.03.2002).

Contudo, não se pode olvidar, na análise da natureza jurídica de qualquer instituto, que esta deve ser cingida de acordo com o padrão de licitude. Assim, não se faz escorreito qualificar a importância percebida em virtude de contrato de licença de uso de imagem genericamente como de caráter salarial, eis que em regra, e, em normalidade, não detém tal natureza por não se prestar a contraprestação pelo trabalho prestado a título de contrato de emprego.

Nesse sentido, dispõe Álvaro Melo Filho:<sup>43</sup>

“Com vista a dissipar qualquer dúvida, lembre-se que o contrato de cessão de direito do uso de imagem, por ser autônomo, paralelo e inconfundível com o contrato desportivo, comporta a prevista de sua própria cláusula penal, jungia aos limites do artigo 920 do Código Civil (LGL\2002\400) (...).”

Evidentemente, em casos estranhos ao lícito, nada obsta, e assim se deve impor, seja a natureza transmutada, em aplicação jurídica, de verba de caráter indenizatório para salarial, eis que presente fraude ao contrato de trabalho não tolerada pelos princípios mais basilares do Direito do Trabalho, mas não genuinamente ser considerada como tal pela presunção inesgotável de fraude.

O fato é que assim como qualquer terceiro poderia contratar junto ao atleta, ou pessoa jurídica criada por este, a utilização da imagem deste para fins publicitários, nada obsta que o clube empregador também o faça de idêntica maneira.

Contudo, como já demonstrado, não se descarta a possibilidade que os clubes ajam, em virtude desta outra relação (a empregatícia) que mantêm com os atletas, de forma a burlar os contratos trabalhistas, as obrigações previdenciárias e fiscais, utilizando-se de falsos contratos de licenciamento de uso de imagem.

Em casos como estes, é comum, em sede de instrução processual, se verificar que a obrigação a que se submetia o atleta no tocante a exploração de sua imagem nunca fora exigida durante todo o decorrer do pacto, e que a contrapartida sempre fora conferida, normalmente em valores muito superiores ao recebido a título de salário.

Desta forma, em não havendo registro de fraude ao contrato de trabalho, comportando o contrato de licença de uso de imagem obrigações específicas, tais como utilização da imagem em figurinhas para álbuns, chaveiros, aparição em lojas do clube, dentre outras, motivo não há para resistir ao entendimento de que dito contrato é efetivamente autônomo em relação ao contrato de trabalho, muito embora dificilmente viesse a ocorrer senão em derivação deste, e, assim, não deve ter como contraprestação salário.

## 5. CONCLUSÃO

O direito à imagem é um direito de personalidade que é tutelado constitucionalmente. O seu

conteúdo é a exclusividade da imagem como elemento de identificação da pessoa no seio da coletividade. Nessa seara, a captação e a utilização da imagem do indivíduo sem o devido consentimento viola esse direito personalíssimo e ocasiona um dano que deverá ser indenizado, salvo nas hipóteses em que existem as pré-excludentes do consentimento que dizem respeito ao interesse público. Todavia, o uso indevido da imagem nessas situações gera o dever de indenizar.

Nas relações de emprego, esse direito à imagem deve permanecer incólume e a utilização da imagem do empregado vinculado à empresa necessita do seu consentimento. O poder diretivo do empregador não lhe confere legitimidade para invadir direitos da personalidade do empregado. São comuns as campanhas publicitárias nas quais a imagem do empregado bem-sucedido é atribuída à empresa que, subliminarmente, objetiva estimular a venda de um produto ou a utilização de um serviço. O vínculo jurídico preexistente entre empregado e empregador não é condição suficiente para esse uso da imagem do empregado.

Quanto às atividades atreladas à fama, como é o caso do exercício profissional do atleta de futebol, notável o grau de amplitude que o direito à imagem concentra. Em casos como este, o fato da indispensabilidade da exibição da pessoa do jogador, quando do exercício de sua atividade profissional, faz distinguir no seu âmbito duas espécies de imagem: a profissional e a pessoal.

Assim, embora os trabalhadores e, neste meio o atleta profissional não se desgarre de sua essência de cidadão e, assim, mereça a proteção de seus direitos de personalidade igualmente a todos os demais cidadãos, é natural que as peculiaridades de suas atividades moldem o direito à imagem previsto constitucionalmente.

Não é de outra forma que a Lei Pelé providencia a restrição da abrangência da cláusula constitucional, fazendo recordar que os direitos fundamentais não circundam de modo absoluto no mundo jurídico.

De outro lado, não se quis com isso demonstrar que o fato dos atletas de futebol serem pessoas públicas restaria configurada a possibilidade de lesionar seus direitos mais caros. Ocorre que no tocante à imagem profissional a autorização para sua exibição já se acha agregada ao início do contrato de trabalho, eis que impossível a realização deste sem àquela (incluindo-se neste âmbito, e com expressa relação demonstrada, o direito de arena). Já quanto o direito à imagem pessoal, este resta, assim como em relação a todos os demais cidadãos, resguardados, devendo ter toda proteção e reprimenda estatal em caso de uso ilícito, ainda que pelo empregador, haja vista que a detenção dos poderes empregatícios não confere direitos de propriedade sob o ser humano trabalhador.

Enfim, tem-se nos direitos de arena, no direito à imagem pessoal do atleta profissional de futebol claras linhas de estudo a fim da demonstração de que os direitos de personalidade, como um todo, não perdem sua justificativa, e importância, pelo fato de se encontrar o cidadão em uma condição (momentânea) de trabalhador, nem tampouco, por se encontrar em uma posição (momentânea) de trabalhador famoso.

O estudo poderia ser realizado em relação a qualquer tipo de atividade profissional. Contudo, realizá-lo sob a ótica de uma atividade em que se verifica o espaço público entrelaçado com o privado, sobretudo em razão da fama do trabalhador, confere uma maior abrangência e determinação, uma maior progressão no sentido da garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores em geral.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998. vol. 23.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (coords.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito de consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: Ed. LTr, 1997.

CHINELATO, Silmara Juny. Direito de arena, direito de autor e direito à imagem. In: CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus-Podivm, 2008.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim; Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961.

DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Juris Síntese*. n. 24. São Paulo: IOB, jul.-ago. 2000.

EZABELLA, Felipe Legrazie. *O direito desportivo e a imagem do atleta*. São Paulo: IOB, 2006.

GAGLIANO, Paulo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD, Luís Antônio. *Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho do atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem*. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/3490/consideracoes-sobre-a-relacao-entre-contrato-de-trabalho-de-atleta-profissional-de-futebol>]. Acesso em: 08.09.2010.

GROSS, Marina Vella Bolivar. *Direito desportivo: aspectos civis do clube como empresa e dos direitos de personalidade dos atletas*. Dissertação de mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2006, p. 131.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. vol. XXV.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts*. 9. ed. München: C. H. Beck, 2004.

MELO FILHO, Álvaro. *Lei Pelé: comentários à Lei n. 9615/98*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

\_\_\_\_\_. *Novo regime jurídico do desporto*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. t. 7.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2010.

RODRIGUES, Américo Plá. Protección de la intimidade del trabajador: la situación en las Américas. *Revista Internacional do Trabalho*. n. 3. vol. 114. OIT, 1995.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2007.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos controversos do direito de imagem e direito de arena do atleta profissional de futebol. *LTr Suplemento Trabalhista*. vol. 43. n. 83. p. 347-350. São Paulo: ED. LTr, 2007.

SILVA, Homero Mateus Batista da. *Curso de direito do trabalho aplicado: livro da remuneração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. vol. 5.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A responsabilidade civil por dano moral difuso e coletivo na justiça do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 103. p. 109. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2005.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato de trabalho do atleta profissional*. São Paulo: Ed. LTr, 2008.

TRT. *Jurisprudência*. Disponível em: [www.trtsp.jus.br]. Acesso em: 18.10.2010.

TST. *Jurisprudência*. Disponível em: [www.tst.jus.br]. Acesso em: 18.10.2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ZAINAGHI, Sávio Domingos. *Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. *Os atletas profissionais de futebol no Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1998.

---

1 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 87.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208.

3 GAGLIANO, Paulo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1, p. 174.

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. 7, p. 54.

5 DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. JARDIM, Adriano Vera; CAEIRO, Antonio Miguel. Lisboa: Moraes, 1961. p. 129.

6 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 207.

7 Idem, p. 208.

8 GAGLIANO, Paulo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 173.

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 59.

10 § 23 da Lei de direito autoral de obras de artes visuais e fotografia. Sem o indispensável consentimento do § 22, podem ser divulgadas ou exibidas em exposição:

1. Imagens no âmbito da história contemporânea;
2. Imagens nas quais as pessoas apenas aparecem como acessórias perto de uma paisagem ou outro local;
3. Imagens de reuniões, desfiles e acontecimentos semelhantes nos quais a pessoa representada participou;
4. Imagens que não foram feitas por encomenda, quando a divulgação ou exposição servirem ao superior interesse da arte.

11 Art. 20 do CC/2002 (LGL\2002\400): "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu

requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer a proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

12 Para ilustrar pode-se citar a autorização da imagem em outdoor, e o anunciante a utiliza em informes publicitários.

13 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 61.

14 Essa solução já foi preconizada no direito alemão por Karl Larenz para os casos em que § 22 da Lei sobre o direito autoral de obras de artes visuais e fotografia (KunstUrhG) não previa proteção. LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. München: C. H. Beck, 2004. p. 136.

15 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. vol. XXV, p. 62.

16 Acerca do assunto, cf. RODRIGUES, Américo Plá. Protección de la intimidade del trabajador: la situación en las Américas. *Revista Internacional do Trabalho*. n. 3. vol. 114. OIT, 1995.

17 Não à toa, Dalazen alerta para o fato de que toda e qualquer modalidade de lesão a direito a personalidade e, assim, passível de reprimenda por indenização por dano moral, “encontram no Direito do Trabalho o campo propício e fértil por excelência”. (DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Juris Síntese*. n. 24. São Paulo: IOB, jul.-ago. 2000).

18 A banalização quanto às lesões dos direitos de personalidade diante da dependência do empregado é bem apontada, no contexto de suposta resistência quanto ao uso não autorizado da imagem, por Homero Mateus: “É claro que o empregado não de-seja tomar medida extrema, pois depende, via de regra, do contrato de trabalho para organizar sua vida, mas a insistência do empregador no uso de sua imagem poderá acarretar a rescisão indireta, que é uma forma de justa causa patronal. Para tanto, o comportamento do empregador deve ser enquadrado em exigência de serviço ‘alheio ao contrato’ (artigo 483, a, parte final) ou na lesão à honra (art. 483, f, parte final)” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso do direito do trabalho aplicado: livro da remuneração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. vol. 5, p. 206).

19 “No caso da falta de autorização para a divulgação ou comercialização da imagem-retrato, o valor atingido é a *liberdade*. A simples falta de autorização, por não ser dada à pessoa a liberdade de escolher se quer ou não ter o seu retrato divulgado ou mesmo comercializado, é o que caracteriza a ofensa” (BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2009. p. 247).

20 BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998. vol. 23, p. 65-78, p. 69.

21 Ao se discorrer acerca de proteção à imagem, não se olvida da sua dupla consideração *imagem – retrato* e *imagem – atribuição*, como bem preconiza Manoel Jorge e Silva Neto, exemplificando a primeira como a imagem veiculada pela campanha publicitária divulgada, de forma ampla, na televisão em que mostra planta industrial e trabalhadores em atividade, caso em que a indenização decorrerá da divulgação da imagem não consentida, pouco importando se enaltecia ou não a qualidade da empresa e dos trabalhadores, ao passo que a segunda se reveste na divulgação de espécies desabonadoras acerca dos empregados de certa empresa, como preguiçosos, indolentes, ou ainda, mais especificamente no tocante a conduta do empregador, consiste na prática da *lista negra* (SILVA NETO, Manoel Jorge e. A responsabilidade civil por dano moral difuso e coletivo na justiça do trabalho. RDT 103/109 (DTR\2001\309)).

22 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2007. p. 289.

23 SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato de trabalho do atleta de futebol profissional*. São Paulo: Ed. LTr, 2008. p. 79.

24 Não se olvide, igualmente, ser este o posicionamento tomado, conforme enunciado n. 14 da 1.<sup>a</sup> Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, pela Anamatra e o TST: “São vedadas ao empregador, sem autorização judicial, a conservação de gravação, a exibição e a divulgação, para seu uso privado, de imagens de trabalhadores antes, no curso ou logo após a sua jornada de trabalho, por violação ao direito de imagem e à preservação das expressões da personalidade, garantidos pelo art. 5.<sup>o</sup>, V, da Constituição. A formação no contrato de emprego, por si só, não importa em cessão do direito de imagem e da divulgação fora de seu objeto da expressão da personalidade do trabalhador, nem o só pagamento do salário e demais títulos trabalhistas os remunera”.

25 SOARES, Jorge Miguel Acosta. Op. cit., p. 79.

26 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 663.

27 SOARES, Jorge Miguel Acosta. Op. cit., p. 98.

28 Idem, ibidem.

29 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 162.

30 Como bem pondera José de Oliveira Ascensão, ao reconhecer o ineditismo do instituto do direito de arena no âmbito brasileiro, não há em todo mundo algo que se assemelhe a referido instituto, dele mais se aproximando o *direito ao espetáculo*, bem mais amplo e genérico (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 506).

31 ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 293.

32 Destarte, é escoreito afirmar que “o contrato de licença de uso da imagem não se confunde com o direito de arena porque este se encontra consubstanciado no art. 42 da Lei 9.615/1998, que permite ao clube de futebol negociar, autorizar ou proibir a fixação, transmissão ou retransmissão de eventos dos quais participem” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. cit., p. 75).

33 São assegurados nos termos da lei: (a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

34 Como anotou Homero Mateus, “o uso da expressão ‘três por cento’ do tempo de espetáculo não passa de um preciosismo do legislador. Durante vários anos, a legislação apontava ‘três minutos’. Ao substituir o fator minuto pelo percentual, provocou celeuma, mas nada mudou. Considerando que a partida costuma ser transmitida em seus 105 minutos (noventa de atividade e quinze de pausa), descobre-se que o por cento de 3% de 105 corresponde praticamente a idêntico patamar de três minutos” (SILVA, Homero Mateus Batista da. Op. cit., p. 212).

35 A Lei Pelé, mais uma vez, é que dá dicção a este regramento, através do seu art. 42, § 1.<sup>o</sup>.

36 SILVA, Homero Mateus Batista da. Op. cit., p. 214-215.

37 Não é de outro modo que preceitua Alexandre Agra: “Em se tratando de artistas (Lei n. 6.533/1978, arts. 1.<sup>o</sup> e 27) e atletas profissionais de futebol (Leis 6.354/1976 e 9.615/1998, art. 42), ambos gozam da proteção jurídica contra a exposição de suas imagens como pessoas públicas que são, podendo se insurgir contra a reprodução desautorizada ou deturpada de suas imagens” (BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit., p. 249).

38 SILVA, Homero Mateus Batista da. Op. cit., p. 216.

39 CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: Ed. LTr, 1997. p. 90.

40 ZAINAGHI, Sávio Domingos. *Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas*. 2. ed. São Paulo:

Ed. LTr, 2004. p. 36.

41 A exemplo deste tipo de posicionamento segue colação jurisprudencial: Recurso de revista. Direito de arena e imagem. Transmissão em eventos desportivos. Art. 42 da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé). Natureza salarial da parcela. Provimento. Regulamentando o art. 42 da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) o direito de as entidades desportivas autorizarem a transmissão de espetáculo ou evento desportivo, com a determinação de que estas distribuam um percentual de 20% sobre o preço total da autorização aos atletas profissionais que participarem do evento, percebe-se que a parcela é devida em decorrência da relação de emprego, pois está diretamente vinculada à atividade profissional. Deve ser reconhecida, portanto, a natureza salarial da parcela (TST, RR 38100-70.2005.5.04.0015, 4.<sup>a</sup> T., *DEJT* 03.09.2010).

42 Acerca da nomenclatura deste último, esclarecedores os apontamentos de Luís Antônio Grisard: "(...) não podemos falar em 'contrato de imagem' porque ela, a imagem, não é objeto do contrato, mas, sim, sua licença para o uso e, finalmente, não nos parece adequado falar em 'cessão' porque o sujeito ativo não está cedendo a imagem a ninguém, apenas está autorizando sua exploração e veiculação". (GRISARD, Luís Antônio. *Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho do atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem*. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/3490/consideracoes-sobre-a-relacao-entre-contrato-de-trabalho-de-atleta-profissional-de-futebol-e-con>]. Acesso em: 08.09.2010).

43 MELO FILHO, Álvaro. *Novo regime jurídico do desporto*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 125.