

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

Francele Moreira Marisco

**DIREITO À IMAGEM E POSSIBILIDADES REPERSONALIZADORAS DO DIREITO
PRIVADO: A PROBLEMÁTICA DOS CONTRATOS DE IMAGEM DOS ATLETAS
PROFISSIONAIS DE FUTEBOL**

São Leopoldo
2009

Francele Moreira Marisco

**DIREITO À IMAGEM E POSSIBILIDADES REPERSONALIZADORAS DO DIREITO
PRIVADO: A PROBLEMÁTICA DOS CONTRATOS DE IMAGEM DOS ATLETAS
PROFISSIONAIS DE FUTEBOL**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção de grau de mestre pelo Programa de Pós
Graduação em Direito do Programa de Pós
Graduação da Universidade do Vale dos Sinos.

Orientador: Professor Doutor José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo
2009

M342d Marisco, Francele Moreira

Direito à imagem e possibilidades repersonalizadoras do direito privado: a problemática dos contratos de imagem dos atletas profissionais de futebol / por Francele Moreira Marisco. -- 2009.

125 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho”.

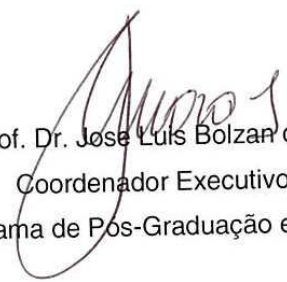
1. Direito - Imagem. 2. Direito esportivo. 3. Direito da Personalidade. 4. Contrato - Imagem - Atleta Profissional - Futebol. 5. Repersonalização - Direito. I. Título.

CDU 347.788.5

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **“Direito à Imagem e possibilidades repersonalizadoras do Direito Privado: a problemática dos contratos de imagem dos atletas profissionais de futebol”**, elaborada pela mestranda **Francele Moreira Marisco**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 22 de outubro de 2009.


Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva

Membro: Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Membro: Dra. Têmis Limberger

*À Neli, minha avó, com todo meu carinho
e grande saudade.*

*Junior, pelo amor que nos une e por
sempre acreditar que eu conseguiria.*

*À Maria Eduarda, nossa filha, todo meu
amor.*

Agradecimentos:

A Deus, porque sem ele não conseguiria ter chegado até aqui.

Ao professor Doutor José Carlos Moreira da Silva Filho, meu orientador, pela colaboração, apoio e, principalmente, pela competência.

À Vera, funcionária do PPG, sempre tão atenciosa e gentil comigo.

Às amigas que fiz durante o mestrado: Carla, Andrize, Fernanda, Geralda e Ana Paula, não só pela amizade que fizemos, mas, também, por todas as conversas sempre tão proveitosas sobre o Direito.

À todos da família Hochmuller e Carpes, pessoas especiais e meus grandes amigos, os quais foram fundamentais nesta minha jornada durante o mestrado.

Aos meus pais, irmãos e meu avô, pelo apoio e amor ilimitado.

RESUMO

O presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de demonstrar a importância da proteção jurídica da imagem do atleta profissional de futebol frente aos avanços tecnológicos que acarretam situações de riscos à personalidade humana, bem como à investigação da possibilidade relativa de disponibilidade desse direito de personalidade. O problema é que a disponibilidade desse direito, através do contrato de licença de uso de imagem, volta-se geralmente apenas para o aspecto econômico da pessoa em si, não para a valorização da pessoa humana. Dessa forma, impõem a pesquisa e a reflexão sobre o direito à imagem, o qual é considerado um direito de personalidade, com vistas à sua integral proteção. A imagem do jogador de futebol, como sendo um excelente apelo à publicidade, ganhou tamanha importância que a sua imagem chega a se relacionar com o próprio contrato de trabalho, sendo muitas vezes confundido com este. Assim, torna-se necessário delinear os contornos essenciais do direito à imagem, ainda mais por ser um direito típico, reconhecido e protegido pela legislação, não se confundindo com outros direitos da personalidade, em face da sua autonomia. Como o direito à imagem é um direito de personalidade, buscou-se, após uma análise dos direitos de personalidade, obter uma nova dimensão desse direito, centrado na pessoa humana e não no patrimônio, a qual compreenderá as soluções para as lesões ao direito à imagem. E, através do fenômeno da repersonalização do direito privado, deve-se ter o princípio da dignidade da pessoa humana como valor guia e princípio supremo da ordem jurídica. Portanto, pretende-se que o direito à imagem do atleta profissional de futebol, venha a ser concretamente protegido pela cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, com um deslocamento conceitual rumo à pessoa concreta do atleta, principalmente quando se fala na disponibilidade relativa do exercício do direito à imagem tão claramente na imagem dos atletas de futebol.

Palavras-chave: Direito da Personalidade. Direito à Imagem. Atleta Profissional de Futebol. Disponibilidade Relativa. Contrato de Licença de Uso de Imagem. Repersonalização do Direito Privado. Dignidade da Pessoa Humana. Cláusula Geral de Tutela da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The thesis is developed in order to demonstrate the importance of legal protection of the image of professional football player because of technological advances, which carry to situations of risk to human personality, as well as this work researches the possible availability of this right of personality. The problem is that the availability of that right, through the license agreement for the use of the image, usually is focused only about the economic aspect of the person itself, not valuing the human being. Therefore, it is required a research and a study about the right of the image, which is understood as a right of personality, in regard of its full protection. The image of a football player, as being a good call for advertising, has gained such importance that his image is related to his own employment contract, and not rarely it is mixed up with this. Thus, it is necessary to point out the essential characteristics on the right of the image, especially because this is distinctive right, recognized and protected by law, not being confused with other rights of personality, for its autonomy. As the right of the image a right of personality, the present work has sought, after an analysis of the rights of personality, a new aspect of this right, focusing on the human being and not on the wealth, that includes solutions for the injuries that may happen in the right of the image. And, through the phenomenon of the repersonalization of the private law, one must have the principle of human dignity as a guide value and supreme principle of the law. Consequently, it is intended that the right of the image of the professional football player will become specifically protected by the general principle of the protection and the promotion of the human being, with a conceptual turn towards the concrete person of the athlete, especially when it comes on the relative availability of the exercise of the right of the image so clearly when it regards the football players.

Keywords: Law of Personality. Right of the Image. Professional Football Player. Relative Availability. License Agreement for the Image. Repersonalization of the Private Law. Dignity of the Human Being. General Principle of Protection of the Human Being.

SUMÁRIO

	p.
1 INTRODUÇÃO.....	08
2 CONTORNOS ESSENCIAIS DO DIREITO À IMAGEM.....	12
2.1 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À IMAGEM.....	12
2.1.1 O Direito à Imagem no Brasil.....	17
2.2 DENOMINAÇÃO E CONCEITO DO DIREITO À IMAGEM.....	23
2.3 A AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM.....	28
3 DIREITO À IMAGEM E DIREITO DA PERSONALIDADE.....	34
3.1 IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	34
3.2 CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	43
3.3 A CLÁUSULA GERAL DO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	52
3.3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cláusula Geral do Direito da Personalidade.....	57
3.3.2 A Repersonalização do Direito Privado.....	65
4 UMA NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO À IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL.....	72
4.1 EXERCÍCIO DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM: CONSENTIMENTO DA IMAGEM E A DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	72
4.2 O CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL.....	84
4.2.1 O Contrato de Licença de Uso de Imagem do Atleta Celebrado com seu Empregador – Inter-Relação entre Imagem e Atividade Laboral.....	88
4.2.2 Do Direito de Arena e da Licença de Uso de Imagem.....	103
4.3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À IMAGEM.....	106
5 CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS.....	119

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem o propósito de demonstrar a importância cada vez maior que o direito à imagem vem assumindo no nosso ordenamento jurídico, considerando-se que deve ser reforçada sua proteção, pois se trata de um direito da personalidade.

No caso específico do presente trabalho, tratar-se-á especialmente do direito à imagem do atleta profissional de futebol, o qual, em decorrência do desenvolvimento tecnológico e da reprodutibilidade das imagens, gerou a necessidade de proteção e regulamentação. Assim, fez surgir um novo contexto para o direito à imagem muito diferente da imagem apresentada pela doutrina tradicional. A imagem do indivíduo começou a ser utilizada para fins de exploração comercial, em que a posição social e a relevância profissional permitiram que o indivíduo agregasse sua imagem ao conjunto do seu patrimônio, passando a ser suscetível de avaliação monetária.

Nesse processo de mudanças, uma das categorias que mais teve sua relação profissional marcada por este novo enfoque da imagem é a do atleta profissional de futebol, pois como integra o imaginário popular é um excelente apelo à publicidade dos mais variados produtos.

Dessa forma, passou a ser um bem procurado, negociado e disputado. No entanto, ganhou tamanha importância, chegando a sua imagem se relacionar com o próprio contrato de trabalho, e muitas vezes confundindo-se com este. Em virtude disso, é grande e fácil a possibilidade de violação a esse direito.

O problema da presente dissertação, portanto, é verificar se a disponibilidade do direito à imagem do atleta profissional de futebol, através do contrato de licença de uso de imagem, volta-se apenas para o aspecto econômico da pessoa em si, não para a valorização da pessoa humana.

Para explicar o direito à imagem é necessário analisar, inicialmente, os contornos essenciais do direito à imagem, ressaltando a importância desse direito, o qual começou a ocorrer com o advento da fotografia, permitindo que a imagem tenha a relevância que possui nos dias de hoje.

No Brasil a importância do direito à imagem será desenvolvida demonstrando que não foi tratado esse direito apenas a nível infraconstitucional, e sim, passou a

ser protegido constitucionalmente, recebendo tratamento específico pelo ordenamento jurídico. Portanto, o presente estudo tem a finalidade de noticiar esta inovação constitucional que há muito tempo merecia ter ocorrido: a proteção da imagem.

Assim, será analisado a denominação e conceito do direito à imagem, pois se identificam duas espécies de imagem, protegidas constitucionalmente: imagem-retrato e a imagem-atributo. Todavia, no presente trabalho, a imagem de que tratará é a imagem-retrato, uma vez que é esse tipo de imagem relacionada ao atleta de futebol.

Em seguida, deve ser reconhecida a autonomia do direito à imagem, pois como foi consagrado constitucionalmente, tornou-se, de alguma forma, superada a discussão sobre a autonomia do direito. Assim, deverão ser estudadas as principais teorias que não aceitam essa proteção.

No segundo capítulo, será analisado o direito à imagem como direito da personalidade, pois reconhecida a autonomia do direito à imagem, inegável sua colocação como direito da personalidade. A construção da pesquisa parte de uma exposição analítica acerca do conceito, conteúdo, classificação e características dos direitos da personalidade, fazendo uma breve trajetória da proteção da pessoa e da personalidade, traçando marcos importantes ao estudo do direito da personalidade. Iniciam-se no pensamento grego-romano, passando pelo medievo e pela correspondente importância do pensamento cristão para a proteção da pessoa. Seguindo-se nesta trajetória, chega-se a modernidade e ao reconhecimento dos direitos da personalidade centrado na pessoa humana e não no patrimônio, o qual compreenderá as soluções para as lesões à personalidade, em particular, ao direito à imagem.

Assim, parte-se da fixação de algumas premissas, quais sejam: a consagração da personalidade como valor, e está na base de uma série aberta de situações existenciais ligados à dignidade humana; a crítica das concepções jusnaturalistas puras sobre os direitos da personalidade, bem como considerar o direito à imagem como um direito da personalidade, e por ora, inserido na sua classificação como um dos aspectos fundamentais da personalidade. Além do mais, a admissão da relativa disponibilidade da imagem do atleta profissional de futebol, bem como a crítica às teorias atomísticas sobre os direitos da personalidade necessária para a consagração do direito geral da personalidade.

Neste sentido, o que deve prevalecer é a cláusula geral do direito da personalidade, assim, busca-se, nesse capítulo demonstrar que a dignidade da pessoa humana, expressa na Constituição Federal, é uma verdadeira cláusula geral. Impõe-se, dessa forma, a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os precedentes históricos até se chegar à Constituição Federal de 1988. Ao final, alcança-se a repersonalização do direito privado, ponto fundamental do presente trabalho, a qual proporcionou a afirmação do direito geral da personalidade.

O terceiro capítulo, destinado a problematizar a temática, busca analisar a nova perspectiva do direito à imagem do atleta profissional de futebol a partir da repersonalização do direito privado. Assim, procurará demonstrar que poderá ocorrer o exercício do direito à imagem a partir da disponibilidade relativa dos direitos de personalidade através de um contrato de licença de uso de imagem. Entretanto, admitindo o poder de disposição que o titular do direito tem sobre o direito à imagem, a pessoa pode ou não violar sua dignidade através dessa liberdade de disposição. E, através do consentimento, evidencia-se que os direitos da personalidade, por ora, o direito à imagem, pode ser objeto de contrato de contrato de licença de uso de imagem, bem como suscetível de avaliação econômica.

Posteriormente, será analisado, especialmente, o contrato de licença de uso de imagem do atleta profissional de futebol, em que geralmente é assinado paralelamente ao contrato de trabalho. Assim, torna-se discutível a ampla liberdade para assinar este tipo de contrato, principalmente quando se trata de atletas menos famosos. Nessa perspectiva, analisar-se-á estes dois tipos de contratos, bem como os pontos polêmicos a respeito do assunto para uma melhor compreensão do tema. Torna-se necessário, também, analisar o que seja o direito de arena, demonstrando a sua diferença da licença de uso de imagem.

Por fim, almeja-se chegar ao reconhecimento do direito à imagem através da repersonalização do Direito Privado, procurando resgatar o que realmente seja a noção de pessoa. Pretende-se, deste modo, obter uma nova dimensão dos direitos de personalidade centrada na pessoa humana, e não apenas no seu patrimônio, ou seja, não apenas no aspecto econômico que rege esta disponibilidade do direito à imagem do atleta profissional de futebol. Ademais, demonstrar que tanto a imagem pessoal como a imagem profissional deve ser protegida, pois no caso do atleta

profissional de futebol, na grande maioria das vezes, elas se misturam. Impõem-se, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana como guia para orientar as condutas consideradas essenciais no âmbito dos direitos da personalidade, servindo de alicerce para a ordem jurídica democrática.

2 CONTORNOS ESSENCIAIS DO DIREITO À IMAGEM

2.1 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À IMAGEM

O desenvolvimento dos meios de comunicação social e a importância que a imagem adquiriu no contexto publicitário, em decorrência dos avanços tecnológicos de propagação de imagem, possibilitou a rapidez na captação e divulgação da imagem do indivíduo. Dessa forma, fez com que surgissem novos enfoques para a questão, gerando um novo conjunto de situações fáticas antes não existentes.

Ao mesmo tempo, e em razão desse desenvolvimento, a complexidade da sociedade capitalista converteu a imagem em muito mais que apenas um elemento definidor do ser, transformou-a em um bem. Mas um bem que é considerado, na maioria das vezes, mercadoria, com valor de uso e valor de troca.

Entretanto, a sociedade atual não pode reivindicar para si o privilégio sobre o estudo da imagem. No momento atual que as pessoas vivem, pode-se afirmar que o direito à imagem é um somatório proveniente de muitos anos de descoberta. No entanto, com o progresso da sociedade e da tecnologia surgiu um novo conceito da imagem, o qual se pode considerar muito diferente daquela que inicialmente lhe conferia um caráter de protegida.¹

O direito à imagem vem assumindo importância cada vez maior, mas não apenas importância jurídica, pois ela se encontra também dentro de um contexto social e econômico, e cabe aos ordenamentos sistematizarem de maneira clara e explícita a sua proteção.

O indivíduo da sociedade moderna, marcadamente consumista, é privilegiado pelas técnicas surgidas a cada dia e que, ao mesmo tempo, o colocam como vítima destes mesmos mecanismos.² Um exemplo disso é a imagem pessoal, que acaba sendo arrebatada para fins de exploração comercial ou pretensamente artística, uma vez que a posição social e a relevância profissional permitirem que o indivíduo

¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22.

² FACHIM, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Ed., Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 49.

agregue sua imagem ao conjunto do seu patrimônio, passando a ser suscetível de avaliação monetária.

No entanto, mesmo o direito à imagem sendo um somatório proveniente de longa data, este direito só foi reconhecido pela lei e pela doutrina há pouco tempo. Até mesmo na metade do século passado, negava-se a sua existência, embora a jurisprudência francesa tenha registrado a primeira decisão ainda no século XIX, antes mesmo de as doutrina italiana e alemã tratarem do assunto.³

A invenção da fotografia, em 1829, pelo químico francês Nicéphore Niepce⁴, permitiu que a imagem humana assumisse a relevância jurídica que apresenta na atualidade. Se com a pintura a indevida difusão da imagem surgia muito raramente, pois os pintores dependiam do consentimento explícito do retratado para executar o seu trabalho, o problema do uso abusivo da imagem alheia cresceu em proporções gigantescas com a possibilidade da captação e da reprodução por câmaras fotográficas, especialmente as instantâneas.⁵

Percebe-se aqui, portanto, que é com o advento da fotografia que os Tribunais foram forçados a dispor sobre matéria não legislada, a fim de conter os abusos advindos da rápida propagação da fotografia como forma de comunicação social.⁶

Em 16 de junho de 1858, na França, a decisão proferida pelo Tribunal de Seine, do caso da atriz Elisa Félix, pseudônimo Rachel, cuja imagem foi fixada em fotografias, no leito de morte, para uso da família, foi o julgado pioneiro em relação à matéria. Entretanto, essas fotografias foram declaradas ilícitas, por serem reproduzidos posteriormente desenhos feitos a partir de fotografias tomadas dela em seu leito de morte.⁷

O Tribunal de Seine, por decisão, acolheu o pedido da família da atriz, e ordenou a apreensão e a destruição do desenho e das provas fotográficas, resguardando a tutela da imagem da pessoa célebre, afirmando de que a ninguém é

³ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 18.

⁴ EZBELLA, Felipe Legrazie. **O direito desportivo e a imagem do atleta**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 71.

⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina, v. 1, t. III, 2004, p. 193. NOTAROBERTO, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

⁶ DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 37.

⁷ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 18-19.

dado, na ausência de consentimento formal da família, reproduzir e divulgar os traços de uma pessoa em seu leito de morte, independentemente da notoriedade adquirida em vida.^{8 9}

Nesse mesmo sentido afirmaram ainda que, por mais importante que seja sua atividade, seu valor histórico, a vida privada da pessoa se distingue da atividade pública: “o lar separado do palco”.¹⁰ No caso o direito à imagem está inserido no direito à intimidade.¹¹

Esse mesmo Tribunal de Seine, em 1902, fundamentou decisão dizendo que não cabe fotografar ninguém sem seu consentimento, salvo em se tratando de pessoa que por sua função ou profissão, natureza de serviço ou notoriedade suscite interesse especial e sempre que disso não lhe ocorra prejuízo nenhum.¹²

Na doutrina, o reconhecimento do direito à imagem se processou lentamente. Os autores¹³ que se dedicam ao estudo do tema reconhecem pacificamente o direito à imagem como criação do Direito moderno, afirmando que se tornou uma preocupação dos juristas dos tempos de hoje.

⁸ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 106.

⁹ O julgamento que deu origem à construção jurisprudencial foi o *véritable jurisprudentielle de protection de l’image*, data de 1858. Os fotógrafos Crette e Ghémar, contratados para reproduzir a imagem da famosa atriz em seu leito de morte, descumpriam o compromisso de resguardo. Por recomendação expressa, as fotografias seriam de propriedade dos familiares da atriz. Mas a pintora O’Connell obteve as fotos, reproduziu-as em desenhos, que foram expostos à venda. BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte; Del Rey, 1993. p. 20.

¹⁰ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 106.

¹¹ Vicente Herce de La Prada é um dos autores que afirma que “La realidad actual está caracterizada por una intensa introducción em la vida privada de la persona. La intimidad de ésta se vê lesionada em muchas ocasiones vgr, la multiforme propaganda industrial y comercial, la prensa periódica, la cinematografía, la televisión...” LA PRADA, Vicente Herce de. **El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión**. Barcelona: José Maria Bosh Editor, S.A, 1994. p. 15.

¹² Assim, foram os direitos da personalidade pela primeira vez consignados numa decisão relativa ao direito moral de autor à integridade e ao arrependimento. No caso Lecoq, de 25 -6-1902, a corte de cassação se pronunciou pela faculdade intrínseca à sua própria personalidade, de levar a efeito modificações ulteriores a sua criação, e mesmo sob reserva – de suprimir. Entretanto, juntou que, quanto às edições seguintes, só poderiam reproduzir na capa a imagem do biografado com o seu consentimento, conclui-se que o autor e editor atentaram contra seus direitos, já que, como toda pessoa, é titular do direito à imagem. SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 107. Também tivemos o julgado do Tribunal do Império na Alemanha, de 28 de dezembro de 1899, decisão que proibiu os fotógrafos de publicar, assim como determinou a destruição das fotografias do cadáver do conhecido *Chanceler de ferro*, atendendo ao pedido da família, mesmo que sob o falho argumento da prática do delito de invasão de domicílio para a captação da imagem de Bismarck morto. KOHLER, Joseph. *A própria imagem no direito*. Trad. Walter Moraes, **Justitia**, ano 34, v. 79, p. 31, 1972.

¹³ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem (II)**, São Paulo: RT, v. 444, 1972.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1.

A construção doutrinária em relação à matéria teve como posição pioneira o direito alemão, ainda no século XIX.¹⁴ O primeiro trabalho de que se tem notícia é a monografia “Das Recht am eigenen Bild”, de Keissner, publicada em 1896.¹⁵ Os autores italianos atribuem a paternidade do direito à imagem a Amar, com a obra “Dei Diritti degli autori delle opere dell’ingegno”, datada de 1874.¹⁶

Nos Estados Unidos, alguns autores passaram a contemplar a existência de um direito à imagem. Em 15 de dezembro de 1890, a proteção legal da intimidade abarcou a do direito à imagem na doutrina conhecida como “The Right of Privacy”, publicado na Harvard Law Review, de autoria de Denis Warren e Louis Dembitz Brandeis, em 15 de dezembro de 1890.¹⁷

Este artigo defendeu o direito à vida privada, e assim, serviu de fundamento para que a Jurisprudência americana concedesse perdas e danos em publicação de imagem que ferisse o direito à privacidade. Tal escrito foi de tamanha importância, que tanto os autores europeus quanto os americanos proclamam seu grande valor e o consideram o documento básico de defesa da intimidade.¹⁸

Nesse sentido, podemos afirmar que o right of privacy, ou seja, o direito do indivíduo à sua vida privada, deixa claro que a forma mais simples deste direito é a que tutela a própria imagem. Deste modo, o núcleo da vida privada¹⁹ é a relação que as pessoas têm em relação a estes acontecimentos, desde que sejam pessoais, implicando, fundamentalmente, em um interesse de privacidade.²⁰

¹⁴ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 19.

¹⁵ Embora Walter Moraes defenda a existência de trabalhos anteriores, e nesse sentido, Kohler menciona trabalhos mais antigos de Vaunois (“La Liberte du Portrait”, 1894), de Bigeon (“La Photographie et le Droit”, ed. 1893), e seus próprios de 1895 e 1880. Tem-se ainda notícia de escritos de Schäffer (1897) Sauvel (1894) e Rosmini (1893); o estudo do austríaco Lentner (“Das Recht der Photographie”) data de 1886. MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem (II)**. v. 444. São Paulo: RT, 1972, p. 65.

¹⁶ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 21.

¹⁷ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 154.

¹⁸ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 23.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 19.

¹⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, afirmam que o âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se com base num conceito de “vida privada” que tenha em conta a referência civilizacional a três aspectos: (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação, CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 182

²⁰ PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Portugal-Brasil**, Coimbra, p. 526. 2000.

Mas o reconhecimento legislativo do direito à imagem ocorreu nas normas de direito autoral.²¹ Em outras palavras, ocorreu a generalização nas legislações do mundo da regra do direito exclusivo à própria imagem, inserida nas leis de direito autoral, quando não nos próprios códigos civis.

Segundo Walter Moraes, a evolução teórica do direito positivo sobre a imagem cumpriu uma das mais notáveis trajetórias de expansão, acompanhando, via de regra, a universalização do direito do autor.²²

A previsão legal veio na lei alemã de janeiro de 1907 que disciplinou a matéria em seu artigo 22,²³ do mesmo modo que o Código Civil italiano de 1942 regulou, no artigo 10, a figura do abuso da imagem alheia.²⁴

Por mais que se tente ressaltar algumas legislações que contribuíram para a consagração do direito à imagem, não se consegue. O fundamental é demonstrarmos a importância do direito à imagem em várias legislações estrangeiras, as quais contribuíram para a consagração desse direito com a sua inclusão nos ordenamentos jurídicos, comprovando, assim, que grande parte dos países mostraram interesse pela matéria e a importância que a mesma possui.²⁵

A imagem está em toda parte. Essa presença constante é que torna imprescindível seu reconhecimento e proteção. Além do mais, uma imagem provoca uma reação imediata. E isso a faz tão importante e cobiçada.

²¹ MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). v. 444. São Paulo: RT, 1972, p. 66.

²² As leis alemãs de fotografia foram seguidas pela lei belga sobre direito do autor de 22.3.1886 (art. 20), e pela lei japonesa sobre direito do autor de 4.3.1899 (art. 25). MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). V. 443. São Paulo: RT, 1972, p. 66.

²³ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 20.

²⁴ Com o advento do Código Civil de 1942, que em seu art. 10 inclui um dispositivo de tutela da imagem contra o abuso alheio, representou um novo alento para a multiforme produção científica italiana que continua, até nossos dias, a dar bons frutos, enquanto a doutrina germânica nada mais oferecia ou divulgava depois dos primeiros anos do século. MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). v. 444. São Paulo: RT, 1972, p. 66.

²⁵ Direito à imagem no art. 79 do Código Civil português de 1966; na Lei n. 21.173, de 22 de outubro de 1975, que acrescentou o art. 1.071 *bis* ao Código Civil argentino; na Lei Orgânica espanhola 1/82; no art. 15 do Código Civil do Peru, que tutela a imagem e a voz; e no art. 36, par. 3o, do Código Civil da Província de Québec, dispositivo que considera como atentado à vida privada da pessoa a captação ou utilização da sua imagem ou voz quando esta se encontrar em lugares privados. JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento**, p. 119-121; SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 137-139 e 160.

2.1.1 O Direito à Imagem no Brasil

No Brasil o direito à imagem também foi influenciado pelo desenvolvimento tecnológico do século XX, passando a imagem a ter maior importância, em decorrência de ser objeto de ameaças constantes por parte de teleobjetivas de grande potência e transmissões via satélite, pelas quais é lançada em todos os televisores do mundo em questão de segundos.²⁶ E essa imagem sofre uma multiplicação que escapa às previsões dos principais estudiosos sobre o tema.

Esse desenvolvimento da sociedade e da tecnologia, fez com que o direito à imagem não fosse apenas tratado em nível infraconstitucional, e sim, fazendo com que ela passasse a ter proteção constitucional, como um bem autônomo e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, no Brasil a disciplina do direito à imagem deu-se de forma mais lenta do que em outros países. Essa afirmação pode ser comprovada pelo fato de que a proteção à imagem no direito pátrio, a exemplo do que ocorreu em países estrangeiros, também emergiu da legislação de direito autoral,²⁷ sendo que, quando foi elaborado o Código Civil brasileiro de 1916 o tema ainda era estranho à preocupação dos juristas brasileiros.

Dessa forma, o Código Civil de 1916 ao dispor sobre o art. 666 do inciso X²⁸, incorporou a proteção do direito à imagem ao tema do direito do autor, pois trata da reprodução de retratos ou bustos sob encomenda, inaugurando, assim, a distinção entre direito de autor e direito à imagem da pessoa retratada.

É com base nisso, que se pode verificar, que mesmo de maneira implícita, esse dispositivo do Código Civil de 1916, suscitou a preocupação da defesa da imagem do proprietário do retrato, da pintura ou da escultura. Além de possibilitar ao retratado o direito de opor-se à reprodução ou exposição do retrato. Porém, o referido artigo foi revogado junto com o seu capítulo pela lei de Direitos Autorais, Lei

²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996., p. 22.

²⁷ Mais precisamente da Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898, que ficou conhecida como Lei Medeiros e Albuquerque, nome do escritor e deputado federal responsável pela sua elaboração. SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 220.

²⁸ Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos do autor: (...) X – A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

n.º 5.988 de 14 de dezembro de 1973, no art. 49, o qual disciplinou os direitos autorais.²⁹

A Lei de Direitos Autorais não trouxe na verdade grandes inovações à proteção da imagem. Isso baseado, no fato de que, antes mesmo da referida lei, nosso ordenamento jurídico brasileiro já continha a regra da imagem na Lei n.º 5.772, de 1971, que instituiu o Código de Propriedade Industrial, ao prever, no art. 65, XII, que só se pode usar a efígie de terceiro como marca, com expresse consentimento do titular e seus sucessores diretos.³⁰

A imagem, que já constava no Código de Propriedade Industrial, ganha maior importância, mas não com a Lei de Direito Autoral, e sim com o surgimento de novos trabalhos³¹ que buscaram adequar o tema à realidade jurídica de sua época.

A jurisprudência foi de grande valor, a qual pode considerá-la fonte do direito à imagem, pois estendeu o conceito da representação nos retratos ou bustos por encomenda à obra cinematográfica, como ocorreu na sentença pioneira do MM. Juiz de Direito do Distrito Federal, Dr. Otávio Kelly, de 28 de maio de 1923.³² Com essa decisão, colocaram o problema do direito à imagem foi inserido no terreno da personalidade.³³

²⁹ Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos de autor: I – A reprodução (...) f) de retratos, ou de forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada.

³⁰ BONJARDIM, Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 22.

³¹ Este progresso e reconhecimento da importância do direito à imagem e da sua evolução doutrina se prende historicamente aos trabalhos publicados na década de 70 por Antonio Chaves e Walter Moraes, dois dos maiores estudiosos do tema. Walter Moraes, após divulgar em São Paulo a monografia *A regra da imagem*, em 1966, voltou a se ocupar do direito à imagem em 1972, com a publicação do *Direito à própria imagem*, o mais completo dos trabalhos publicados sobre o tema no Brasil. Em 1979, publica *A própria imagem no Direito*, de Josef Kohler. BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**, São Paulo, Editora Max Limonad, 2002. p. 23.

³² A decisão considerou: Propriedade Artística, Direito à própria efígie. Exibição cinematográfica, interdição do filme. 'Rainha da Beleza'. Tendo sido reproduzida imagem sem autorização, decidiu-se que a interdição da película se impunha. Nem de modo diverso poderia ser entendida a invocada regra de proteção ao mais acentuado dos direitos – à personalidade, sabido que a cinematografia nada mais é que a impressão da imagem em movimento para ser reproduzida, nessas condições, ou melhor, uma verdadeira fotografia animada. SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 238.

³³ Conforme afirma Walter Moraes essa decisão, que no demais foi luminosa e conforme com a melhor doutrina, realçou, todavia, cinco aspectos importantes da tutela do direito à própria imagem: primeiro colocou o problema no terreno da personalidade; segundo, reconheceu a tutela dos próprios laços físicos originais do sujeito, (...); terceiro, compreendeu a necessidade do consentimento para ser filmado e a eficácia da oposição ao ato de filmar, (...); quarto, estendeu a tutela jurídica à imagem dinâmica (...); quinto, encontrou fundamento para tudo isso no art. 666, n. X, do CC. MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). v. 444. São Paulo: RT, 1972, p.22.

³³ "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos civis e Políticos dos Cidadãos brasileiros, que tem por base a liberalidade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) VII – Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se

Importante frisar, que essa foi a primeira manifestação do direito à imagem no País e norteou a trajetória da proteção da imagem, merecendo destaque no seu reconhecimento e na importância que começou a ser dada à imagem. Fato este comprovado pelos demais acórdãos proferido pelos Tribunais do Brasil posteriormente a decisão em 1923.³⁴ Isto confirmou a dificuldade do Judiciário em lidar com matéria sobre a qual a lei era omissa e a doutrina escassa, assim, cabia aos tribunais e à doutrina dirimi-las.

Quanto aos textos constitucionais brasileiros, todas as Constituições entre 1824³⁵ e 1937 garantiram apenas o direito à intimidade a partir da garantia expressa da inviolabilidade do domicílio do cidadão. Dessa forma, entendia-se que, ao proteger o domicílio, o texto protegia de forma reflexa a imagem do indivíduo, desde que dentro do domicílio como uma característica da intimidade.³⁶

O Texto Constitucional de 1946 também reproduz essa tradição, mas inovou, garantindo a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, previsto no artigo 141. Assim, mantinha a

poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar”

³⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de litígio que envolveu o Padre Pedro Ballint e o fotógrafo Denner Médici, em abril de 1949, cuja ementa é a seguinte: “O retrato é uma emanção da pessoa, a sua representação por meio físico ou mecânico. Ninguém pode ser fotografado contra a sua vontade, especialmente para ser pivô de escândalos.” Revista dos Tribunais, v. 180, 1949, p. 600-603. Na doutrina: Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 28. O padre, negando-se a ser fotografado, por temer publicação de seu retrato em jornais, arrebatou e danificou a máquina fotográfica do profissional, que exigiu, judicialmente, do padre, a reparação do dano. O réu defendeu-se e, em reconvenção, pediu a condenação do autor por danos morais pelas injúrias causadas. A Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 39.788, julgou improcedente a reconvenção e condenou o padre, pelo excesso verificado, ao pagamento de apenas metade do dano causado com a destruição do equipamento. BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 24. Outras decisões são do Estado do Rio de Janeiro, nos anos de 1971 e 1972, relativas ao uso da imagem de jogadores de futebol em publicidade comercial, em ações aforadas por Jair Ventura Filho, o “Jairzinho”, e por João Batista de Sales, atleta do Flamengo, conhecido como “Fio”. Neste caso do jogador de futebol Fio (exposição do retrato em vitrina comercial), o relator afirmou: “Destarte, a celebridade, tomada no sentido econômico, integra evidentemente o patrimônio do titular causando-lhe, quando usurpada, um dano in re ipsa”. SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002. p. 238.

³⁵ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos civis e Políticos dos Cidadãos brasileiros, que tem por base a liberalidade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) VII – Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar”.

³⁶ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 27.

regra de proteção de outros direitos além dos expressamente previstos,³⁷ resultando na proteção reflexa da imagem.

A Constituição de 1967 e sua emenda n.º 1 de 1969 reproduziram o texto anterior, sem nada acrescentar em relação à matéria, pois o art. 150 da Constituição de 1967 repetia o art. 141 da Constituição anterior, mantendo inalterada a situação do direito à imagem.³⁸

Essa Constituição foi uma constituição outorgada pelo Governo golpista, considerado poder constituído e não constituinte, ou seja, poder por delegação, o qual estabeleceu a ditadura militar. Daí que resultou na discutível legitimidade da Carta Constitucional de 1967.³⁹

No entanto, não se pode deixar de ressaltar, que a elaboração da Constituição de 1967 foi, na verdade, um dos estágios do institucionalizador Movimento de 1964, em que os setores conservadores da sociedade e militares, receosos das mudanças pretendidas, depõem o então Presidente João Goulart e, elegem o Presidente Marechal Castelo Branco, valendo-se do Congresso Nacional, para legitimá-lo. A partir daí e, especialmente com a edição do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, surge um novo ciclo na história recente do país: governos (militares) autoritários onde, gradativamente, as liberdades públicas do cidadão foram ameaçadas e violadas em nome de uma ideologia de segurança nacional.⁴⁰

Diante de toda esta situação em que vivia o país, não ocorreu nenhuma modificação no direito à imagem. Somente com a Constituição Federal de 1988, o direito à imagem ganhou proteção legislativa, quando recebeu tratamento específico pelo ordenamento jurídico.

Assim, elevou a imagem a um bem constitucionalmente assegurado, garantindo-a de forma expressa.^{41 42}

³⁷ “ Art. 144: A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e princípios que ela adota”.

³⁸ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 28.

³⁹ ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora, 2005. p. 429.

⁴⁰ A pluralidade de emendas - ao todo vinte - constitucionais fragmentou a Constituição em normas esparsas e a expedição de quatro Atos Institucionais apressaram a ruptura do texto, mergulhando o regime político no autoritarismo incompatível com as fontes liberais da Constituição de 1946. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 840.

⁴¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 17 e 68.

O constituinte brasileiro cuidou de forma distinta de cada um dos direitos da personalidade: intimidade, vida privada, honra e imagem, e por ora, concedendo, autonomia à imagem, o mesmo se pode dizer da intimidade e da vida privada.⁴³ Além do mais, se não pretendesse dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado de outros bens, bastando apenas a assegurar a sua proteção. Portanto, a imagem deve ter disciplina própria, e qualquer posicionamento a partir do texto constitucional, pode-se afirmar que a imagem é um bem distintamente protegido.

Em relação a esse assunto, haverá, no presente trabalho, uma parte específica que esclarecerá a importância que o reconhecimento da autonomia à imagem teve para o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, à imagem como direito da personalidade já estava presente, como decorrência do direito à vida, em todas as constituições brasileiras.

No entanto, como previsão específica e expressa do direito à imagem, somente surge com a Constituição Federal de 1988, o qual surgiu para proteger o indivíduo da influência dos meios de comunicação, assim como o desenvolvimento e a rapidez das diversas mídias, e o aumento dos riscos aos quais estaria exposta à imagem do indivíduo, em face do desenvolvimento tecnológico.

Muito embora possamos considerar que é no século passado que a imagem ganhou a dimensão que hoje possui, de forma rápida, o que só foi possível pelo avanço tecnológico operado nos meios de comunicação, é nos dias de hoje que vivemos numa “civilização da imagem”. Premidos que somos pela falta de tempo, buscamos na imagem absorvida rapidamente a informação que o texto escrito, geralmente mais denso, mas de absorção mais lenta, não nos pode dar.⁴⁴

Desse fato, fica claro que a proteção ao direito à imagem não ocorreu no mundo inteiro, sendo que, especialmente no Brasil, foi necessário, em 1988, a disposição desse direito em âmbito Constitucional, devido a sua grande importância. Também deve ser considerado, que numa sociedade caracterizada pela importância da comunicação, é necessário um forte controle e proteção na divulgação da imagem.

⁴² Para Walter Moraes a imagem constitui o sinal sensível da personalidade: traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade, delinea-a, dá-lhe forma. Este autor, como vários outros, coloca, sem exceção, o direito à imagem como dentre aqueles pertencentes ao conjunto da personalidade. MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). V. 443. São Paulo: RT, 1972, p. 76.

⁴³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 74.

⁴⁴ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 2.

Inserida a imagem dentro desse contexto de meio e mensagem e comunicação, em uma cultura contemporânea que tem na informação e comunicação seu mais valioso bem, se torna evidente a necessidade de proteção do direito à imagem pelo ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar, que é óbvio o enorme valor econômico da imagem, juntamente com seu valor social, tornando-se indiscutível o seu valor.

É com base nisso, que se torna necessário ser analisado juridicamente o direito à própria imagem. Dessa forma, a Constituição em vigor cuida de proteger a imagem de forma expressa e bastante efetiva, de maneira a protegê-la como um bem. Os constituintes de 1988 pretenderam acompanhar as Constituições Portuguesa (1976) e a Espanhola (1978), que também tiveram influência sobre a nossa constituinte.⁴⁵

Na Constituição Federal de 1988 está previsto o direito à imagem no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I) artigo 5º, incisos V, X e XXVIII⁴⁶ que tratam, respectivamente, da imagem-moral, da imagem-retrato e da imagem como direito do autor.⁴⁷

Diante da previsão constitucional não resta dúvida que representa um verdadeiro avanço social a constitucionalização do direito à imagem, ainda mais, que este, como todos os outros direitos e garantias individuais, por força do inciso IV, do par. 4º do art. 60⁴⁸ foi incluído nas cláusulas pétreas do texto constitucional, de modo a não comportar reforma.

A partir da Constituição Federal de 1988, a proteção da imagem passou a receber um tratamento legal mais condizente com a sua importância, irradiando-se por outras normas. Podemos citar a Lei n.º 8.069/90, que disciplina o Estatuto da

⁴⁵ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002. p.16.

⁴⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XXVIII – 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 esportivas.

⁴⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 69. ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. **Revista do Advogado**, v. 73, 2003, p. 119-126.

⁴⁸ “Art. 60, § 4. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

Criança e do Adolescente, com previsão expressa de sanções civis, administrativas e penais, conforme o artigo 17, e a Lei n.º 9.615/98, que traça normas sobre desporto, no parágrafo 7º (acrescido pela Lei n. 10.672, de 2003) do artigo 28, veda a outorga de poderes por procuração em prazo superior a um ano, no que diz respeito ao uso da imagem de atletas profissionais, ao mesmo tempo em que assegura às entidades desportivas o direito de negociar a transmissão da imagem do evento esportivo.⁴⁹

Por último, cabe assinalar que o novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, inclui a imagem da pessoa como um direito especial da personalidade, em seu art. 20, do Capítulo II, do Título I.⁵⁰

Embora o novo Código Civil tenha tratado do direito à imagem, não se pode deixar de ressaltar que não acrescentou nada de novo à matéria, uma vez que disciplinou aspectos já totalmente superados pela doutrina e pela Constituição Federal de 1988.

2.2 DENOMINAÇÃO E CONCEITO DO DIREITO À IMAGEM

As questões envolvendo à imagem do indivíduo, em seus usos lícitos e ilícitos, é uma preocupação, até certo ponto, recente. Como já foi dito anteriormente, ela esteve presente em vários momentos da história. O homem sempre teve necessidade de se expressar retratando a si e ao outro. Mas frequentemente era

⁴⁹ Também disciplinaram sobre a matéria: A Lei n. 9.279/96 (Código de Propriedade Industrial), no seu artigo 100, inciso I, prevê a impossibilidade de registro do desenho industrial que ofenda a imagem das pessoas, assim como no artigo 124, incisos III e XV, veda a utilização como marca da imagem da pessoa, isto sem autorização do titular. A Lei n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) traz inegável proteção da imagem, no tocante ao retrato da pessoa (artigos 46, inciso I, letra “c”, e 79), como direito autoral (artigo 7º, inciso VII), e como direito dos artistas, intérpretes ou executantes, quando da reprodução da voz e da imagem estiver vinculada às suas atuações. O Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003), nos artigos 18 e 25, determina que os estádios com capacidade superior a 20 mil pessoas devem manter central de monitoramento de imagem do público presente e das catracas de acesso, etc. SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002. p. 218 a 230.

⁵⁰ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único: Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

acompanhado da concordância do retratado, que ao posar expressava seu consentimento.

Na verdade, até tempos relativamente recentes era difícil imaginar situações em que a imagem do indivíduo fosse usada contra sua vontade.

Isso porque até a invenção da fotografia, em 1829, e o seu desenvolvimento tecnológico, a imagem não sofria tantas violações, já que somente poderia ser captada pelo retrato pintado, o qual necessitava da sua anuência e vontade. Porém, com a fotografia veio mudar essa relativa tranqüila relação.

As novas técnicas permitiam a captação da imagem da pessoa, sem que nela tivesse consciência deste processo. A imagem fixada passou a representar não só um registro para a posteridade, mas um risco constante para a intimidade e a honra das pessoas.

O desenvolvimento da tecnologia e a reprodutibilidade das imagens fizeram surgir a noção da imagem como qualidade essencial do ser humano, e gerou a necessidade da regulamentação de seu uso. Mas não a noção de “imagem” apresentada pela doutrina tradicional, a qual estava apenas vinculada ao retrato.

Nesse processo de mudanças, várias categorias tiveram sua relação profissional profundamente marcada por este novo enfoque do instituto, entre elas a do atleta profissional. Especialmente, a imagem do jogador de futebol, que há muito tempo integra o imaginário popular e é um excelente apelo à publicidade dos mais variados produtos, dado o seu forte apelo social, passou a ser um bem valorado, procurado, negociado e disputado. O problema é que ganhou tamanha importância, chegando a sua imagem se relacionar com o próprio contrato de trabalho, alterando-o, e muitas vezes confundindo-se com este.

Em virtude disso é grande e fácil a possibilidade de violação a esse direito. É preciso, desde logo, delimitar o conceito e a abrangência da imagem, e principalmente, o tipo de imagem que será utilizada para o entendimento do presente estudo, pois para o leigo a palavra imagem está sempre vinculada à idéia de representação física de alguma figura.

Em uma referência inicial, a própria palavra imagem⁵¹ é de origem divina. Surgiu ao ser pronunciado por Deus, quando da criação da sua obra-prima, o homem, feito à sua imagem e semelhança.⁵²

⁵¹ A palavra imagem é um largo campo de transformações semânticas de onde emerge uma notável variedade de significados. O vocábulo latino ‘imago’ admite, além do sentido primitivo de reprodução

A doutrina tem procurado conceituar o direito à imagem. Antônio Chaves a concebe como “a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme, etc., de um objeto qualquer, inclusive a pessoa humana”.⁵³ Este autor restringe o seu sentido apenas ao aspecto físico captado através dos meios de fixação.

Já outros autores, porém, afirmam que o conceito de imagem emancipou-se da área da imediata e pura união entre pessoa e feição, entre pessoas e seus traços físicos, para abordar a ligação entre pessoa e o significado de sua aparência.⁵⁴

Para Walter Moraes, “a imagem é toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito”.⁵⁵ A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, da fotografia, dentre outras formas mais. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.

Portanto, o fundamento do direito à imagem consiste na faculdade que o indivíduo tem de se expor ou de se ocultar, conforme a sua vontade, possuindo a livre disponibilidade de impedir que outros se apropriem indevidamente da sua imagem, conferindo-lhe divulgação não desejada pelo retratado.

O posicionamento jurídico moderno apresenta duas espécies de imagens: a imagem-retrato e a imagem-atributo.

A imagem-retrato é a expressão decorrente da expressão física do indivíduo. Assim, entende-se da mesma maneira que faz a doutrina, que a palavra imagem tem o sentido de “retrato”.

Entendida como retrato, a imagem não se limita, apenas e tão-somente, à proteção da imagem física. A própria proteção constitucional, conforme dispõe no

e imitação da raiz “im”, os derivados sinônimos de “vultus” ou de “aspectus”. O léxico normal admite outras significações: máscara, sombra (fantasma), eco. Os vocábulos das línguas vulgares conservam a mesma pauta semântica. Assim: “imagem” português; “imagen” espanhol; “image” francês; “immagine” italiano. O vocábulo inglês “image” é de étimo latino com o mesmo alcance e a palavra “Bild” usada no Direito germânico é da raiz “bild”, idéia da forma, donde “bilden”: dar forma: a constante e duplicidade de significação. BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 23.

⁵² **BÍBLIA sagrada**. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Barsa, 1965. Gên. 1, 26-27.

⁵³ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. v. 1, t.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 536.

⁵⁴ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 32.

⁵⁵ MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). v. 443. São Paulo: RT, 1972. p. 64-65.

artigo 5º, inciso X, não tem uma expressão restrita. Ela vai cuidar e proteger a representação física das pessoas.⁵⁶

Nesse sentido, pode-se afirmar que se estendem as partes do corpo, como extensão da imagem desde que identificáveis. Por exemplo, quando um modelo fotográfico, num comercial de esmalte tem suas mãos identificáveis, mesmo que seu rosto não esteja visível na fotografia. Outro exemplo, narizes dos famosos, pernas, pés, bocas, que podem ser identificados isoladamente, sem a apresentação do rosto dessas pessoas.

Em todos estes casos, pode-se afirmar que é uma situação de imagem protegida, que a partir dessas partes descobre-se o rosto dessas pessoas, a qual se denomina à imagem-retrato.

Desse modo, a imagem-retrato, não é apenas a expressão facial de alguém. O direito à imagem é a projeção da personalidade física, que engloba os traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.⁵⁷

A Constituição Federal, quando garantiu o direito à imagem, tratou de garantir também a expressão de todo o corpo, como forma de identificação para proteger o direito à imagem.

Todavia, não são todas as imagens protegidas. Há imagens-retrato que não estão abrangidas pelo direito à proteção constitucional, pois há outros direitos que envolvem o direito à imagem, como o direito à informação, de livre expressão, dentre outros. Determinadas figuras não podem pretender a proteção de sua imagem, quando utilizadas dentro de certos limites.⁵⁸

Em relação a imagem-atributo ela é a consequência da vida em sociedade.⁵⁹ Esta imagem é decorrente do desenvolvimento das relações sociais, assim, comprova-se que é completamente diferente da imagem-retrato.

O homem, esteja em seu ambiente familiar, profissional ou até mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o

⁵⁶ ARAUJO, L. A. D. . O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. In: MARTINS, Yves Gandra,; KAYATT, Marcio. (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003, p. 120.

⁵⁷ DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 105.

⁵⁸ ARAUJO, L. A. D. . O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. In: MARTINS, Yves Gandra,; KAYATT, Marcio. (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003. p. 121.

⁵⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 31.

cerca. O médico, por exemplo, tem uma imagem profissional, sem que, em absoluto, haja qualquer violação à sua imagem-retrato. Outros exemplos, a imagem do Poder Judiciário, a imagem do Presidente da República, a imagem do Presidente de um clube, a imagem de um líder religioso.

É importante verificar que tal característica não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo, que será explicado adiante. E isso porque há “construções” de imagem que não levam em conta a honra ou dela não necessitam.

Portanto, a palavra imagem é apresentada com um sentido diferente da imagem-retrato. Nota-se que as duas idéias de imagem não trazem correlação entre si, pois são autônomas e devem ser tratadas de maneira distinta.⁶⁰ Uma pessoa pode ter a imagem-retrato utilizada indevidamente por uma divulgação não autorizada de uma revista e pode ter, ao mesmo tempo, sua imagem-atributo valorizada. Por exemplo, o profissional que a sua imagem divulgada de forma indevida, fazendo campanha publicitária de uma entidade beneficente, tem a sua imagem-retrato violada. E, de outro lado, tem a sua imagem-atributo valorizada, pois com certeza todos passarão a ter uma imagem melhor daquele que está colaborando com a campanha filantrópica.

Mas também, outras vezes, a imagem-atributo é que é violada a partir da violação da imagem-retrato. Um exemplo, quando a montagem de uma fotografia, sem autorização do indivíduo, onde a pessoa está bebendo num bar. Isto pode causar um dano grave a sua imagem, especialmente, no caso, se ele for de uma religião onde o consumo da bebida alcoólica é proibido. Nesse caso, portanto, a violação da imagem-retrato provocou um dano na imagem atributo, ocorrendo, é claro, a violação da imagem-atributo.

Assim, não se pode tratar as questões de imagem da mesma forma, devendo ser reconhecidas os dois tipos de imagem, independentes e com tratamentos autônomos. Todavia, ambos os tipos de imagem geram dever de indenização por parte do titular da imagem.

Mas, a imagem de que tratará, no âmbito desta análise, não é sinônimo de prestígio ou reputação que a pessoa desfruta no meio social. Ao contrário, o

⁶⁰ ARAUJO, L. A. D. . O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. In: MARTINS, Yves Gandra,; KAYATT, Marcio. (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003.p. 122.

presente trabalho limitou-se à primeira acepção, ou seja, à imagem-retrato, na qualidade de conformação física, uma vez que é esse tipo de imagem que se liga ao atleta profissional.

2.3 A AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem é típico, reconhecido e protegido pela legislação brasileira, não se confundindo com os outros direitos da personalidade, como o direito à honra, ao corpo, à identidade, à intimidade ou à liberdade. Mas não foi sempre assim. Durante muito tempo esse direito foi entendido como um elemento inerente a outros direitos da personalidade.

Essa é uma questão que se propõe como fundamental, pois deve ser reconhecida à imagem da pessoa como um bem jurídico autônomo⁶¹, para depois perquirir-se da natureza da relação jurídica que dela ocorre.

Como já foi visto, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, praticamente encerrou-se esta discussão.⁶² Em razão disso, não restou dúvidas de que a imagem apresentada é um direito autônomo, especialmente em face do novo direito constitucional, que o assegura independentemente da violação a outro direito.

Mas mesmo antes do texto constitucional de 1988 dispor, especificamente, sobre a matéria, já parecia ser este o entendimento jurisprudencial que vinha se consolidando. Um exemplo disto, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que o direito à imagem é autônomo, não se confundindo com o direito de arena.⁶³ Trata-se do caso em que a Confederação Brasileira de Futebol e a Editora Abril S/A foram condenadas a indenizar jogadores de futebol, pelo uso indevido de

⁶¹ MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). v. 443. São Paulo: RT, 1972, p. 67.

⁶² ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 41-43.

⁶³ "Direito à imagem. Direito de arena. Jogador de futebol. Álbum de figurinhas. O direito de arena que a lei atribui às entidades esportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor "álbum de figurinhas". Lei n.º 5.989/73, artigo 100; Lei n.º 8.672/93". BRASIL, Superior Tribunal Justiça. Recurso Especial 46.420-0-0-SP. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, v. 68, p. 169, 1995.

suas imagens num álbum de figurinhas denominado Herói do Tri. A publicação, feita pela Editora Abril S/A, ocorreu em 1988 e teve a participação da CBF.

Na referida decisão, por votação unânime o Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a autonomia do direito à imagem, afirmando que não se deve vincular este direito a nenhum outro direito de natureza personalíssimo, como a intimidade, à honra, à privacidade, etc, conforme se observa claramente do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar.⁶⁴

Entretanto, tornam-se necessários alguns esclarecimentos para reforçar o aspecto fundamental da autonomia do direito à imagem, tendo em vista que as teorias negativistas, explicitamente, não aceitavam essa proteção.

Na grande maioria das vezes, não é raro ver a honra, a imagem e própria vida privada confundidas, principalmente no momento de sua efetiva tutela. É muito comum, frente a um ato concreto de violação de qualquer desses direitos, que haja dúvida sobre o bem que se está atingindo. Também não se pode deixar de fazer referência que, não raramente, ocorre a violação simultânea de todos esses bens ou de apenas dois deles.

Convém tecer algumas considerações a essas teorias para se concluir sobre a verdadeira autonomia do direito à imagem.

Uma primeira corrente entendia que a imagem ligava-se ao direito à honra⁶⁵, não tendo autonomia perante a este. A lesão à imagem do indivíduo, por esse entendimento, era um prejuízo causado à sua honra, este sim era o bem jurídico tutelado.

⁶⁴ Voto do Ministro Ruy Rosado: “Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssimo, como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-se caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se caracteriza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça. (...) No caso dos autos, apesar de serem notórias as figuras dos jogadores, a reprodução de suas imagens não aconteceu em razão do propósito de informar, esclarecer ou atender a algum interesse de ordem pública. Houve a utilização da imagem simplesmente para satisfazer interesse predominantemente comercial, como está dito no v. acórdão recorrido. Tratava-se, portanto, de situação sobre a qual incide regra geral: a reprodução, uso da imagem dependia do consentimento dos titulares...”. Lei n.º 5.989/73, artigo 100; Lei n.º 8.672/93”. BRASIL, Superior Tribunal Justiça. Recurso Especial 46.420-0-0-SP. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, v. 68, p. 169, 1995.

⁶⁵ Defendem esta teoria Alfredo Orgaz, Ferrara, Cohn. Ricca-Barberis e Gitrama Gonzáles. BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**, São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 32.

Dessa forma, para esse grupo que foi o primeiro a fundamentar a violação da imagem, afirmam que ela está contida dentro da honra, não podendo concebê-la como bem autônomo. Ao ferir a imagem, estar-se-ia ferindo a honra.⁶⁶

No seguinte exemplo, percebe-se que muitas vezes a exploração consentida da imagem de alguém pode lesar-lhe a honra, enquanto a exploração não consentida pode lesar sua imagem e simultaneamente a imagem e a honra. É o caso de uma pessoa famosa que permite que uma agência publicitária utilize sua imagem em campanha de grande interesse público.

Nesse caso, a imagem utilizada corretamente, nenhuma lesão ocorreria. Entretanto, supondo-se que a agência captasse a imagem e a usasse em campanha particular, não autorizada, nasceria daí a violação do direito à imagem. De outra maneira, caso esta imagem fosse utilizada sem autorização para promover determinada bebida alcoólica e a celebridade fosse ferrenhamente contra o consumo de álcool, nasceria daí a violação simultânea da imagem e da honra.⁶⁷

Esse exemplo demonstra que é preciso reconhecer que a imagem, é infringida em outras situações em que a honra pode ser deixada de lado, havendo, mesmo assim, violação da imagem. Mas também há situações em que tanto a imagem como a honra são violados.

Além do mais, não há dúvida que ser ou não honrado marca a imagem de uma pessoa, já que a honra é um dos elementos componentes morais mais fortes da imagem.⁶⁸

Por isso, por muito tempo, prevaleceu a teoria que submete a imagem ao conceito de honra. Mas parece bem claro que, como teoria, a construção é “suicida”⁶⁹, pois quer instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra.

Esse entendimento foi superado, na prática, pela percepção de que se pode publicar um fotografia indevidamente, sem a autorização do retratado, sem ferir sua honra, deixando claro que os dois são direitos distintos e autônomos.

⁶⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 33.

⁶⁷ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

⁶⁸ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 32.

⁶⁹ MORAES, Walter. **Direito à própria Imagem (II)**. v. 443. São Paulo: RT, 1972, p. 69.

Um segundo grupo de teóricos⁷⁰ coloca a imagem como parte do direito à intimidade do sujeito, defendendo que qualquer violação da imagem representa violação da intimidade. Esse entendimento também foi superado.

É na impossibilidade de resposta às seguintes questões que reside à crítica mais poderosa de inserir a imagem como elemento da intimidade do sujeito. Como poderia o direito à intimidade amparar o lesado diante da usurpação econômica da imagem? Nesse caso, somente o direito à imagem, como direito autônomo, pode dar resposta satisfatória a essa pergunta. Ou, ainda, no caso da pessoa que tivesse autorizado a publicação de um retrato seu anteriormente, portanto já tendo abdicado da privacidade quanto a esta fotografia, mas que fosse lesada pela republicação não autorizada deste mesmo retrato. A segunda publicação não consentida fere o direito à imagem, mas não atenta contra a intimidade.⁷¹

Não se pode deixar de ressaltar que a vida íntima se refere à esfera exclusiva de cada um e, portanto, vedada a intromissão alheia. A teoria da intimidade foi aquela que predominou na jurisprudência francesa.⁷² Teve também boa acolhida na Itália⁷³ e foi considerada como fundamento no *Right of Privacy* nos Estados Unidos, conforme já explicado anteriormente.

A imagem, nesse sentido, seria tutelada enquanto componente da intimidade individual. Assim, a sua proteção recairia sobre a reprodução ou exposição que resultaria em violação da privacidade. Para esta teoria, quem retrata alguém, no campo da privacidade, sem o consentimento deste, estaria invadindo a sua intimidade, independentemente do prejuízo que vier a causar à honra.

De Cupis, um dos maiores defensores da teoria da intimidade, afirma ser o direito à imagem uma das manifestações do direito ao resguardo.⁷⁴ Nesse sentido, a teoria da intimidade reduz o direito à imagem à garantia de permanecer só. A

⁷⁰ A esse grupo de teóricos pertencem Lindon, De Cupis e Paulo José da Costa Junior. BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**, São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 33.

⁷¹ Walter Moraes afirma que a tese de que a violação da imagem representa violação da intimidade, não pode solucionar casos como o da usurpação da imagem. Quem usa a figura alheia como sua, exerce ato de disposição, viola a personalidade no cerne, mas não atinge a esfera velada da vida pessoal. A hipótese da usurpação da imagem requer para si uma posição independente da intimidade, conquanto fira valor que adere diretamente à personalidade mesmo tratando-se de falseamento da identidade do sujeito. Não soluciona tão pouco o problema da exploração econômica da imagem. MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). v. 443. São Paulo: RT., 1972, p. 71.

⁷² SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002. p. 179.

⁷³ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43.

⁷⁴ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 129.

imagem encontra-se em segundo plano. A proteção da imagem caberia diante da violação dessa intimidade.

Essa dependência, nitidamente restringe o direito à imagem. Logicamente, que de maneira eventual, a violação do direito à imagem pode trazer consigo a lesão ao componente da intimidade, mas fazer disso uma regra estanque seria inferiorizar o objeto do direito à imagem.

Mas, deve-se ter claramente que o direito à imagem não se confunde com o direito à intimidade. Este consiste no direito a que se exclua o conhecimento de certo fato, qualidade, ou mesmo a pessoa. Talvez tenha sido este o motivo que levou De Cupis a afirmar que o direito à imagem é o direito ao não conhecimento alheio da imagem.

Além do mais, ao se expor ou publicar uma imagem, incide-se imediatamente sobre a personalidade da pessoa retratada e não há, a princípio, violação de sua esfera da intimidade.

Todo o indivíduo tem um direito sobre a sua imagem, parte de sua pessoa, no que concerne ao respeito pela não utilização indevida da mesma, que independe do seu direito à intimidade.

Também há um grupo de autores⁷⁵ que defendem que a imagem é decorrência lógica do direito à identidade. Assim, os mesmos exemplos citados acima podem ser usados para afastar as teses que identificavam uma relação íntima entre imagem e identidade do sujeito. Pois senão, somente haveria violação do direito à imagem quando ocorresse prejuízo à identidade do sujeito.

Para contestar esta corrente cabe ser citado o exemplo do modelo que permite a reprodução de sua imagem, que é repetida por empresa não autorizada. Há sim, violação da imagem, mas não da identidade, já que não se trata de contrafação⁷⁶ da imagem.⁷⁷ Neste exemplo, percebe-se que a pessoa retratada é facilmente identificada.

⁷⁵ Esta corrente é liderada por Rietschel, que afirma que a própria imagem é a contra-senha da identidade pessoal, é a individualização figurativa da pessoa. Não há como negar o valor especificamente individualizador da imagem da pessoa no conjunto dos sinais que a distinguem dos demais. Isso não significa que a imagem seja redutível a componente da identidade, que o direito a própria imagem só tenha consistência enquanto direito a identidade pessoal. MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II). v. 443. São Paulo: RT, 1972, p. 71-72.

⁷⁶ “Contrafação é a reprodução não autorizada de uma obra, seja musical, literária ou de outra natureza, sem prévia autorização do autor.” Informação digital: Disponível em: <www.dicionarioinformal.com.br>

⁷⁷ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 34.

Outro exemplo: a exploração econômica indevida da imagem de outrem, que não causasse prejuízo à identidade pessoal, restaria desamparada juridicamente. Conseqüentemente, pode-se afirmar que não há qualquer má utilização de identidade. Há, na verdade, uso indevido da imagem, não coberto pela tese da identidade.

Além do mais, como a aparência exterior é o fator mais importante da identidade do sujeito, bem como a imagem ser fator de individualização, isto não dá margens a que só possa existir o direito à imagem inserida no direito à identidade pessoal.

As três teorias examinadas são as que lograram maior repercussão, pois existem outras teorias, mas que não tiveram tanto êxito, como o direito ao próprio corpo, a teoria do direito à liberdade e a teoria do patrimônio.⁷⁸

Portanto, percebe-se que todas as teorias que pretendem recepcionar o direito à própria imagem, embora tenham com ele pontos de convergência, falharam em razão da complexidade da imagem. O acúmulo de situações fáticas mostraram que existe um direito de imagem autônomo do direito à honra, à intimidade e a identidade, embora esses direitos se relacionem com aqueles.

Somente considerando o direito à imagem um bem jurídico autônomo é que se poderá, de maneira completa, abordar todas as situações presentes no direito. É nesse aspecto, que por autonomia se pode entender que tem regra própria, que determina por si, e não por subsunção em outros bens, uma ordem de comportamento.⁷⁹

As hipóteses de proteção à imagem apresentam uma área de interesse peculiar que só a ela tocam. Dessa forma, não pode ser confundida com aquela dada a qualquer outro direito da personalidade, este é o sentido dado pela Constituição Federal de 1988.

⁷⁸ MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II), São Paulo: RT, v. 443, 1972, p. 73-74.

⁷⁹ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem**: aspectos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 29.

3 DIREITO À IMAGEM E DIREITO DA PERSONALIDADE

3.1 IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Comprovada a autonomia do direito à própria imagem, inegável a sua colocação dentre os direitos da personalidade. Nesse sentido, pode-se afirmar que a proteção à imagem faz parte de um conjunto maior conhecido como direitos da personalidade, direitos pertencentes ao ser humano, tomado em si mesmo, sem a incorporação de qualquer outra qualidade ou característica.

Antônio Menezes Cordeiro afirma que “a imagem de uma pessoa é um bem de personalidade fortemente objetivado”. Acrescenta ainda, “que o destino que dê à imagem é de certo modo, um tratamento dado à própria pessoa”.⁸⁰

Portanto, a personalidade constitui o pressuposto para a aquisição desses valores ou bens, e sobre ela assentam-se os mais variados aspectos correspondentes ao modo de ser ou de agir da pessoa, ou seja, o seu fundamento ou pressuposto⁸¹.

É com base nessa afirmação que surge a necessidade de ser delimitado o conceito e conteúdo do direito da personalidade para uma melhor compreensão do tema.

A proteção da pessoa já aparecia na antiguidade, especialmente no direito romano e na Grécia Antiga.⁸² Os romanos qualificavam de injúria tudo aquilo que ferisse algum atributo pessoal do homem, como a liberdade e as esferas física e moral. Deste modo, ferido um direito da personalidade, poderia a vítima lançar mão de um remédio jurídico capaz de protegê-lo, o qual era chamado de *acti injuriarum*. Já na Grécia Antiga, a tutela da personalidade se concretizava através da *hybris*, a

⁸⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. v. 1, t. III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 194.

⁸¹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 21.

⁸² Elimar Szanizwski afirma que as origens mais remotas da existência de categorias jurídicas destinadas a tutelar a personalidade humana são encontradas na *hybris* grega e na *iniura* romana. SZANIAWAKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993, p. 23.

qual se caracterizava por qualquer forma de injustiça contra a pessoa, tratando-se de uma ação de natureza exclusivamente penal.⁸³

O pensamento grego trouxe a maior contribuição para a construção da teoria dos direitos da personalidade, na medida em que, aceitando a vida social e jurídica como um dado cósmico, abriu-se espaço para um pensamento reflexivo e crítico que autonomizou a natureza humana das demais realizadas.⁸⁴

Não obstante, se a *hybris* grega e a *actio iniuriarum* romana constituíram a gênese da proteção à pessoa humana, a idealização jurídica da noção geral e abstrata de pessoa somente viria a encontrar suporte séculos mais tarde, após longo processo de mudanças políticas, sociais e econômicas, cujos resultados foram marcantes tanto na valorização do indivíduo em face do Estado e do grupo social como na almejada igualdade entre indivíduos naturalmente idênticos na sua racionalidade.

Mas esta proteção sequer se aproxima do que hoje se concebe a partir da tutela dos direitos de personalidade.

Com o advento do Cristianismo⁸⁵ passou-se a considerar o indivíduo como um valor absoluto, deixando de ser tratado apenas em uma perspectiva instrumental, o que veio a permitir o desenvolvimento da personalidade. Na verdade, o pensamento cristão representou o início do desenvolvimento da noção de pessoa e dos direitos da personalidade.⁸⁶

Entretanto, neste período medieval era marcante a fragmentação do poder político, que se confundia com o próprio poder econômico e eclesiástico⁸⁷, sendo distribuído entre nobres, bispos, feudos, reinos, corporações, etc., cada qual

⁸³ SZANIAWAKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993, p. 24.

⁸⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 15.

⁸⁵ Foi com o advento do Cristianismo que se deu uma maior valorização ao ser humano. Ocorre a transformação do homem-objeto para o homem-sujeito, homem portador de valores, pessoa. Para essa transformação do indivíduo foi necessário chegar-se à diferença/igualdade entre o eu e o “outro” sujeito. DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 13-14.

⁸⁶ É com a influência da Era Cristã que a noção de pessoa, na Idade Média, desvincula-se da força atrativa das instituições, adquirindo unicidade e individualidade, já que o homem passa a ser a personificação da imagem do criador. CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 20.

⁸⁷ Segundo Capelo de Sousa, “o feudalismo ou os regimes senhoriais próximos marcaram largamente a organização sócio-econômica e política-administrativa da Idade Média européia (...)” SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 57.

formando um centro interno de poder descentralizado. Inexistia, pois, o Estado centralizado, que surgiu como poder institucionalizado, despersonalizado e despatrimonializado apenas na fase pós-medieval, com a implantação do modo de produção capitalista. Assim, neste período feudal não se distinguem o Estado e a sociedade civil.

Diante desse quadro de relações de dependência pessoal e de fragmentação do poder político (e econômico), o Medievalizou caracterizou-se pelo particularismo, regido pelo critério da diferença ou da desigualdade formal e material, pelos quais os indivíduos, segundo o influxo da sua realidade particular e concreta, eram considerados juridicamente desiguais segundo as peculiaridades da sua classe ou grupo, sem terem um lugar e identidade autônomos. Seu estatuto jurídico estava sempre vinculado a sua situação de origem (territorial, étnica, familiar, profissional) e a sua inserção nos estamentos sociais (servos, senhores, burgueses, membros da Igreja).⁸⁸

Portanto, na Idade Média, com a sua ordem política, econômica, social e jurídica particularizada, não contribuiu nem se preocupou com a formação de uma noção jurídica geral e abstrata de pessoa.⁸⁹ Consequentemente, também não inovou na proteção dos direitos da personalidade, cuja tutela continuou sendo instrumentalizada pelas formas jurídicas adotadas pelo direito romano.

Também não se pode deixar de ressaltar que as construções filosóficas⁹⁰ na Europa medieval lançaram “as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa”⁹¹. Um deles foi Boécio, que reconheceu o ser humano, a pessoa, como indivíduo e substância, isto é, como um ente que existia em si. Outro importante pensador foi São Tomás de Aquino, o qual afirmou que a pessoa é a substância individual dotada

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

⁸⁹ Segundo Judith Martins COSTA, “a noção abstrata de “sujeito de direito” – isto é, aquele que detém um lugar na ordem jurídica pelo fato, abstratamente considerado, de ser pessoa, e, portanto, titular de direitos e deveres – é, ainda, uma noção ignorada” no período medieval. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

⁹⁰ Elimar SZANIAWSKI traz diferentes concepções formuladas no Medievalizou sobre a pessoa humana (Boécio, Zambrano, Alberto Magno, Santo Tomás, São Boaventura, Gonella) e que retratam exatamente o início da descoberta do ser humano enquanto pessoa distinta do grupo social por força da sua individualidade. SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21.

⁹¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

de uma dignidade originária da sua essência racional, de maneira que a personalidade seria “a substância individual de uma essência racional”⁹² Logo, pode-se afirmar que “o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista”.⁹³

Mas a preocupação com a formação de uma noção jurídica geral, abstrata, de pessoa somente viria a se verificar no mundo jurídico após o longo processo de racionalização que marcou a passagem à Idade Moderna. Aqui o Estado passou a reger a sua atuação segundo a idéia de um universalismo que, desconsiderando as características e particularidades próprias a cada realidade concreta, identificou os homens na sua natureza e, assim, preocupou-se em disciplinar a sua conduta social por normas igualmente universais, dedicadas a um “sujeito” genérico e abstratamente considerado, mas perfeitamente definido.⁹⁴

E a partir do reconhecimento do homem-pessoa⁹⁵, iniciou-se a caminhada do reconhecimento da personalidade.⁹⁶

⁹² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

⁹⁴ A compreensão dessa realidade e de suas implicações, contudo, somente pode ser obtida pela análise das inúmeras mudanças econômicas, políticas e sociais provocadas pelos processos globais de racionalização que marcaram os quase sete séculos de formação do Estado Moderno, cuja jornada foi marcada por sucessivos movimentos de descoberta, criação e exclusão. Dentre essas mudanças, a Baixa Idade Média foi marcada pela laicização do conhecimento e pelo enfraquecimento político da Igreja Católica Romana. Como uma das maiores características da modernidade, o exercício da crítica pelo uso da razão determinou que a dúvida fosse lançada sobre todas as verdades estatuídas no período medieval essencialmente por atos de autoridade da Igreja Católica Romana nos âmbitos social, político, econômico e jurídico. Passando a discutir e, sendo o caso, a atacar os dogmas religiosamente sustentados, pelos quais se disciplinava a conduta social, o racionalismo buscou um mundo moderno desencantado e sem mitos, desvinculado da *fides* e reduzido a um “sistema de afirmações unívocas” formuladas com base na razão humana. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134.

⁹⁵ Adriano de Cupis salienta a importância de ser considerado “pessoa” quando afirma que a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações, constitui a precondição deles. Óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferente destes; mas, para ser “susceptibilidade”, é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações, se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da “qualidade de pessoa”.⁹⁵ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 21.

⁹⁶ Carlos Alberto Bittar afirma que a construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a idéia de dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolavelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado. BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 19.

Entretanto, a noção de pessoa e, conseqüentemente, de sujeito de direito deve ir além de um aspecto meramente formal, sem conteúdo, pois o conceito de personalidade estava sempre ligado a um papel que o homem pudesse vir a exercer no mundo jurídico, apenas como parte de uma relação.⁹⁷ Nessa condição, a pessoa não era reconhecida como meio de uma relação.

Com o passar do tempo, aquela definição de personalidade não coincide com as noções mais recentes de personalidade nos dias de hoje, pois aquela não atribuía à pessoa seu valor real. Além disso, não se sustenta mais a visão de certas culturas arcaicas e pensamentos mais antigos de que os objetos e os animais eram também considerados pessoas. Hauthenauer afirma que “solamente el hombre es persona”⁹⁸, encontrando fundamento na teologia moderna, especialmente em Tomás de Aquino. Com isso revela que a palavra pessoa apresenta uma verdadeira construção cultural e histórica ao longo do tempo e de sua concretização. Além do mais, Hauthenauer sustenta que “todos los hombres son personas”, não fazendo distinção alguma, encontrando fundamento para esta afirmação na Bíblia.⁹⁹

Nesse sentido, pretende-se definir o conceito de pessoa humana com “uma noção que vá além da sua versão individualista e abstrata.”¹⁰⁰ Tal perspectiva refere-se ao objetivo do presente trabalho em obter uma nova dimensão aos direitos da personalidade, centrado na pessoa humana e não no patrimônio, o qual compreenderá as soluções para as lesões à personalidade, em particular, ao direito à imagem.

É nesse aspecto que se pode afirmar que, a principal conseqüência dessa mudança é a repersonalização do direito privado, os quais se tratam, segundo os defensores desta concepção, da despatrimonialização do direito civil, de uma tendência geral da evolução do direito que tem origem no pós-guerra mundial.¹⁰¹

⁹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

⁹⁸ HAUTTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil** – introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987, p. 14.

⁹⁹ Hauthenauer salienta que “el fundamento de tal afirmación se encontraba em la Biblia, em la convicción de que al hombre, a diferencia de los animales, se e había insuflado el aliento divino, confiriéndole así una cualidad propia, negada a toda otra criatura”. HAUTTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil** – introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987, p. 15.

¹⁰⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 114.

¹⁰¹ Aqui está se falando em repersonalização e não em personalização, em que a pessoa humana é o centro de gravitação do Direito Civil, e não mais o patrimônio. Reconhecem-se, assim, importante

Essa mudança de perspectiva ocorrida após a Segunda Guerra Mundial garante os direitos da pessoa calcada no princípio da dignidade humana, o qual foi consagrado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, trazendo uma nova visão para o Direito. Posteriormente analisar-se-á melhor esta nova perspectiva.

Percebe-se, portanto, que a partir do reconhecimento do direito à imagem, requer a proteção desse direito em torno da pessoa e da sua dignidade, como proteção da própria individualidade e da exigência de uma noção real do que seja a pessoa humana, e não mais sob o cunho patrimonialista.

Mas para se chegar a repersonalização do Direito Civil é necessário ressaltar a dimensão filosófica¹⁰² da noção de pessoa inserida no Direito.

A modernidade passou a reconhecer normativamente a pessoa humana como sujeito de direito, no entanto, faz-se necessário avançar nesta noção de sujeito de direito, pois traz em si uma concepção que abstrai o sujeito de sua própria existência.

Portanto, é preciso ir além dessa noção procurando enfatizar a dimensão existencial da pessoa desenvolvida principalmente em Martin Heidegger.¹⁰³ A partir desse enfoque existencial heideggeriano é possível compreender a dimensão teórica do conceito de pessoa além desse sujeito racional e instrumentalizador, repensando o homem com o caráter existencial. Todavia, será analisado de maneira sucinta demonstrando a contribuição que filosofia hermenêutica trouxe para o tema, pois não é objetivo do presente trabalho fazer uma exposição minuciosa do assunto.

Para entender esta visão é necessário compreender a fenomenologia, a qual pode dar uma grande contribuição ao conceito de pessoa, pois ela propõe

trabalho neste aspecto, como por exemplo: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 113-136.

¹⁰² José Carlos Moreira Silva Filho afirma a existência de “três direções possíveis para o conceito de pessoa: a biológica, a filosófica e a jurídica”. Ainda afirma a existência de outras importantes possibilidades, podendo destacar-se a pedagogia, a psicanálise e a arte. Entretanto, privilegia a perspectiva filosófica pela sua importância e contribuição ao Direito. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre, n. 2, 2005, p.117.

¹⁰³ Em relação as principais noções de filosofia de Martin Heidegger aplicado ao Direito, deve ser consultada a obra: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: livreria do Advogado, 2008.

ultrapassar a inclinação de evitar o enfrentamento com o ser, extinguindo a separação entre o objeto e o sujeito.

Essa dimensão filosófico-moral da noção de pessoa deve ser resgatada, “mas sem perder de vista a dimensão concreta, relacional e existencial que antecipa a qualquer representação da pessoa.”¹⁰⁴ Aqui fica claro que a pessoa, ao ser titular de direitos e obrigações, deve ser vista como algo concreto e não meramente funcional e abstrato. E isso só pode ser percebido na dimensão concreta da existencialidade.

Heidegger discorre sobre a questão do sentido do ser frente ao acabamento da metafísica. O homem é o ente que se propõe e persegue a pergunta fundamental sobre o sentido do ser. Esse ente, que nós somos, vem definido pelo termo *Dasein* (ou ser-aí). O ser-aí é definido como um ente que, em cada caso sou eu mesmo, o que significa que cada ser humano tem suas características próprias embora todos guardem possibilidades semelhantes. Este ente que é cada um de nós tem, entre outras possibilidades, a de ser, a de questionar-se. A característica hermenêutica do ser está na possibilidade de aproximar-se dos entes, já que o ser existe para dar sentido aos entes. O que se vê não é o ser, é o ente no seu ser.¹⁰⁵

E, o entendimento desse ser está relacionado com o entendimento do mundo. Esse termo “mundo” é, para Heidegger, o que nós devemos ter como conhecimento a priori, antes de tais coisas serem encontradas. “(...) o mundo é sempre compartilhado com os outros (ser-com), demarcando que o sentido inaugural de cada um surge a partir de um compartilhamento com outros homens”¹⁰⁶.

É neste sentido que precisamos ir além, buscando entender a pessoa além de seu caráter abstrato e metafísico, buscando a dimensão existencial fenomenológica desta pessoa, enquanto ser-no-mundo.

Deste modo, como já referido anteriormente, pode-se afirmar que a noção atual dos direitos de personalidade é diferente da noção de algum tempo atrás. Antes, a personalidade e a capacidade jurídica eram consideradas a mesma coisa.

¹⁰⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008, p. 269.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 427.

¹⁰⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A Repersonalização do Direito Civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2007.V.4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 264.

Mas não se pode aceitar esta posição. Na verdade, elas são conceitos conexos e interpenetrados¹⁰⁷, mas não podem ser confundidos.

A personalidade é considerada não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.¹⁰⁸ Já a capacidade é a medida jurídica da personalidade, atribuída pelo ordenamento para a realização desse valor.¹⁰⁹

Posteriormente, analisar-se-á o novo conteúdo que foi dado aos direitos de personalidade no ordenamento jurídico pós-Constituição Federal de 1988, com a inserção no ordenamento por meio do artigo 1º, III, da Constituição, denominado princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode deixar de ressaltar, que no início houve objeções da doutrina quanto à existência conceitual da categoria. Destacam-se, assim, as teorias negativistas¹¹⁰. Uma das que mais se destacou foi a apresentada por Savigny. Esse autor não admitia a existência dos direitos da personalidade por não lhe parecer possível a hipótese de um sujeito de direito ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto desse direito.¹¹¹ Em síntese, afirmava, que, a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo ser objeto deles.

Gustavo Tepedino exemplificou, afirmando que, se “considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.”¹¹²

Ao discutir a natureza desses direitos, estava, inclusive, negando a natureza de direito subjetivo aos direitos de personalidade, sob o argumento de que o homem não poderia ser objeto e sujeito da relação jurídica. Essa negação, portanto, se

¹⁰⁷ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 106-107.

¹⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-156.

¹⁰⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6. ed. rev., atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 218-219.

¹¹⁰ ROUBIER, Unger; et al. **Temas de Direito Civil**; 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

¹¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 20.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional-Brasileiro**. Temas de Direito Civil; 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

baseava na tese que declara a impossibilidade do homem ter direito sobre a sua própria pessoa.¹¹³ ou a sua existência como direitos subjetivos.

Porém, a doutrina mais moderna e majoritária considera os bens da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos. Pietro Perlingieri afirma que o direito subjetivo passa a ser compreendido como “o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio de sujeito.”¹¹⁴

Esse direito subjetivo, portanto, constitui um poder conferido pelo direito positivo a determinada pessoa para a proteção de um interesse individual, e cujo exercício se reflete sobre outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas.

No entanto, o principal fator limitador de aplicação da categoria dos direitos subjetivos aos direitos de personalidade foi a de que tutelar interesses existenciais, através de uma categoria cujo campo tradicional de aplicação é a tutela de interesses patrimoniais. Seria um fator limitador de sua atuação.¹¹⁵ Assim, o instituto do direito subjetivo foi elaborado tradicionalmente para a categoria do ter e não do ser.

Mas esta situação foi alterando-se, principalmente com a afirmação da dignidade da pessoa humana, ocorrendo a valorização dos interesses existenciais, em detrimento dos meramente patrimoniais.

Nessa medida, torna-se necessário a definição dos direitos da personalidade com uma verdadeira releitura, considerando a alteração paradigmática com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹¹³ Segundo Jacqueline Sarmiento Dias, Savigny é receoso da possibilidade de estar legitimando o suicídio, não aceitava a qualificação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos. O direito subjetivo seria uma faculdade reconhecida pelo direito objetivo, autorizando o titular a agir ou exigir o dever correspondente. Além da posição de Savigny, outras opiniões são apresentadas na defesa da corrente negativa como: (i) a possibilidade do indivíduo ser, a mesmo tempo, sujeito e objeto; (ii) a proteção pública dos direitos da personalidade possibilitando a proteção de interesses que na constituem direitos subjetivos; (iii) o caráter inseparável do objeto; (iv) falta do objeto ou de sujeito. DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 13-14.

¹¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120.

¹¹⁵ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Aparte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45.

3.2 CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade vêm a ser aquele que tem por objeto os elementos constitutivos da personalidade, ou seja, direitos que decorrem da personalidade, protegendo o que é próprio da pessoa (vida, honra, identidade, imagem, etc).

Roxana Borges considera, atualmente, que “o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes.” Afirma ainda que, esses objetos são “os bens e valores considerados essenciais para o ser humano”.¹¹⁶

Com efeito, segundo o tema do presente trabalho, sendo a imagem a representação externa da pessoa, tanto no aspecto físico como no aspecto moral, ela constitui um dos objetos dos direitos de personalidade. Além do mais, por ser o mais exterior e público dos direitos da pessoa, é também o mais suscetível de ser ofendido.¹¹⁷

Mas não se pode deixar de ressaltar que, estes valores são bens jurídicos, que decorrem da própria existência do ser humano¹¹⁸, e, como tais, considerados essenciais para o seu desenvolvimento. Assim, os direitos da personalidade “são os valores mais elevados da pessoa humana”. Por isso, que se pode afirmar, “que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhe caráter essencial.”¹¹⁹

¹¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007 – (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 20.

¹¹⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. v. 1, t. III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 193.

¹¹⁸ Adriano de Cupis afirma que são direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade. CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 24.

¹¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 11.

Elimar Szaswaki resume a personalidade “no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana.” Além do mais, afirma ser “o primeiro bem pertencente à pessoa.”¹²⁰

Deste modo, a personalidade que consiste na parte intrínseca do ser humano é, pois, um bem. Já que considerado primeiro bem pertencente à pessoa, é o mais importante, pois, somente através dele, poderá adquirir e defender outros bens.

Os bens que aqui interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, ou seja, a vida, a liberdade, a honra, etc. Mas, especialmente, tratar-se-á do direito à imagem, cuja proteção que se dá, a esse bem primeiro do indivíduo, é o direito da personalidade.

Para Carlos Alberto Bittar os direitos da personalidade são “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstas no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.”¹²¹

Quando se fala em valores inatos ao homem, torna-se necessário esclarecer a controvérsia no que tange à fonte dos direitos de personalidade, ou seja, se são de direitos natural (inato) ou histórico (positivado).

É certo que alguns direitos de personalidade merecem tratamento específico no direito positivo, como é o caso, do direito à imagem, assegurado na Constituição Federal, no Código Civil, dentre outros diplomas legais já mencionados. Todavia, ainda persiste a discussão na doutrina quanto à fonte destes direitos.

A primeira corrente é a dos jusnaturalistas, a qual concebe os direitos de personalidade como direitos naturais. Como são direitos inatos, parte da doutrina, sustenta que os direitos de personalidade, impostos através da natureza das coisas, tratam-se de direitos naturais que existem antes e, independentemente, do direito positivo.¹²² Já, para alguns, são direitos naturais porque foram estabelecidos por uma vontade divina, ou também, há aqueles que afirmam que os direitos de

¹²⁰ SZANIWAKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993, p. 35

¹²¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 1.

¹²² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 62.

personalidade derivam da razão, algo inerente ao homem.¹²³ Carlos Alberto Bittar é adepto a este posicionamento, afirmando que, “os direitos de personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo.¹²⁴”

Os positivistas são aqueles que afirmam que devem ser incluídos como direitos da personalidade apenas os reconhecidos pelo Estado, o qual lhe dá força jurídica.¹²⁵ Por conseguinte, não aceitam a existência de direitos inatos, sustentando que todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo.

Todavia, assiste razão a Gustavo Tepedino, apoiado por Pietro Perlingieri e Adriano de Cupis, ao contestar a ligação do direito da personalidade ao jusnaturalismo, sustentando que, embora justificável a posição sobre o prisma histórico, no momento atual, “qualquer situação jurídica só pode nascer do direito positivo, ou seja, de uma lei, sendo o positivismo indispensável para uma boa ordem jurídica.”¹²⁶

Na verdade, o que é indispensável é a lei e não o positivismo. Adotar a concepção positivista pura implicaria ignorar a dimensão valorativa que envolve este tema, até porque, para ocorrer a efetiva tutela da pessoa humana é necessário encontrar seu fundamento na norma, ou seja, na lei, permeados pelos valores ali estabelecidos, já que os valores “adquirem positividade na medida em que são consagrados normativamente sob a forma de princípios.”¹²⁷

Deste modo, a lei tem um papel importante, mas não precisa ser entendida sobre o positivismo. A lei é fruto de uma ação política, permeada por um processo legislativo sob uma base sólida, entendida como o espaço em que o direito acontece.

No momento atual, dito pós-positivista, os valores incorporados no texto constitucional devem conformar todo o sistema jurídico, ocorrendo o respeito das

¹²³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p.22-23.

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.7

¹²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p.23. BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.7.

¹²⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**; 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.37/42.

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 29, n. 29, p. 234, jul/dez 2006

normas infraconstitucionais aos valores incorporados no texto constitucional. Portanto, os direitos de personalidade, em especial, o direito à imagem, estão firmemente tipificados nos sistemas jurídicos vigentes. Todavia, não se está falando aqui em positivismo radical ou normativista, porque não existe um número fechado de hipóteses tuteladas na medida em que é tutelado o valor da pessoa, o que se dá através do princípio da dignidade humana, que funciona como verdadeira cláusula geral da pessoa humana.

Como já falado anteriormente, a personalidade é um valor, e não um direito¹²⁸, que evolui na medida em que o homem obtém novas conquistas, especialmente no âmbito tecnológico, modificando assim, o meio social em que vive, alterando valores morais, culturais, religiosos, etc., em dado momento da história. Um exemplo é a dignidade, que é considerada um valor e princípio fundamental, delineada a partir da evolução histórica da humanidade.¹²⁹

Desse modo, não há de se persistir na idéia de que os bens de personalidade são todos inatos, ante a urgência cada vez maior da elaboração de legislação que sirva para coibir os avanços, por vezes exagerados, da própria ação do homem, em prejuízo dos seus semelhantes, sendo freqüentes os conflitos entre os diversos direitos de personalidade, cuja solução, na maioria das vezes, ocorre com a utilização da cláusula geral da proteção da pessoa humana.¹³⁰

Quanto à classificação e especificação desses direitos, existe uma grande divergência doutrinária a respeito desse assunto. A evolução, o desenvolvimento e aperfeiçoamento das sociedades têm demonstrado que essa categoria continua em expansão. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência vêm continuamente inserindo novos direitos em seu contexto, tornando o conjunto dinâmico.

Com efeito, não obstante às várias classificações que foram suscitadas a respeito desses direitos, muitos autores defendem que devam ser agrupados de acordo com os aspectos a que cada um concerne. Dessa forma, alguns autores dividem em três grupos: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e

¹²⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

¹²⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 64.

¹³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154-155.

direito à integridade moral.¹³¹ Já, outros, distribuem os direitos da personalidade em físicos, psíquicos e direitos morais, enquanto outros englobam todos num mesmo plano.¹³²

No entanto, o que realmente interessa é a constatação de que o direito à imagem é consagrado como um direito da personalidade, e por ora, inserido na sua classificação como um dos aspectos fundamentais da personalidade.

Mas esta classificação dos direitos da personalidade deve ser concebida como uma pluralidade de direitos, incidindo cada um sobre um aspecto da personalidade. Ou será que existe um único direito de personalidade que se refere à personalidade no seu todo, um direito geral? Posteriormente, iremos analisar o direito geral da personalidade, procurando mostrar que a proteção do direito à imagem se conecta a esta questão mais ampla, ou seja, a afirmação do direito geral da personalidade.

Ao tratar dos direitos da personalidade, o artigo 11 do Código Civil limita-se a afirmar que eles são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.¹³³

Todavia, a doutrina apresenta outras características essenciais aos direitos da personalidade¹³⁴, no sentido de que estes são direitos:

¹³¹ Rubens Limongi França apresenta uma das mais completas e abrangentes, dividindo-se em três: Direito à integridade física: direito à vida e aos alimentos; direitos sobre o próprio corpo vivo, direito sobre o corpo morto; direito sobre o corpo alheio vivo, direito sobre o corpo alheio morto; direito sobre as partes separadas do corpo vivo; direito sobre as partes corpo morto.

Direito à integridade intelectual: direito à liberdade de pensamento; direito pessoal de autor científico, direito pessoal de autor artístico; direito pessoal de inventor.

Direitos à integridade moral: direitos à liberdade civil, política e religiosa; direito à honra; direito à honorificiência; direito ao recato; direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, direito à imagem; direito à identidade pessoal, familiar e social. FRANÇA, R. LIMONGI. **Manual de Direito Civil**. T. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 411.

¹³² Para fazermos referência a mais de uma autor, Carlos Alberto Bittar, também distribui os direitos da personalidade em direitos físicos, que se referem aos componentes materiais da estrutura humana; direitos psíquicos, que são relativos aos elementos intrínsecos à personalidade e direitos morais em relação aos atributos valorativos da pessoa na sociedade. BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 17. De Cupis, em sua obra *Os direitos da Personalidade*, junta todos esses direitos num mesmo plano. Os direitos da personalidade seriam assim os direitos à vida e à integridade física; às partes do corpo e ao cadáver; à liberdade; à honra, o direito ao segredo e o direito de autor. CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 34-38.

¹³³ Determinação expressa do artigo 11 do Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

¹³⁴ Em consonância “com suas características centrais, são direitos inatos, absolutos, necessários, extrapatrimoniais, vitalícios, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, e oponíveis erga omnes. Tem-se, assim, que nascem com a pessoa e para a sua individualização no mundo terrestre; prevalecem sobre todos os demais direitos, que, em eventual conflito, fazem ceder; impõem-se como condicionantes da ordem jurídica, na exata medida do respeito à individualidade humana; revestem-

- a) Inatos ou originários, porque nascem com o indivíduo, por se adquirirem pelo simples nascimento desde o momento da concepção, sendo direitos subjetivos, privados, que cabem aos indivíduos em face da exclusiva condição de serem seres humanos.¹³⁵ Todavia, parece mais adequada a conceituação como originários, já que não se pode deixar de considerar que o termo inato poderia levar a uma conotação jusnaturalista, a qual se pretendeu afastar quando analisado anteriormente.¹³⁶
- b) Absolutos, ou de exclusão, por serem oponíveis *erga omnes*, resultando do comando legal um dever geral de abstenção (*excludendi alios*), no sentido de que todos devem respeitar a esfera de garantia alheia, de forma que a norma pretende, com isto, impedir ou limitar as agressões ou intromissões do Estado ou de terceiros no âmbito particular de cada sujeito.¹³⁷ Entretanto, esta característica não pode ser compreendida equivocadamente de que os direitos da personalidade são direitos de conteúdo absoluto, de forma ilimitada, pois na perspectiva relacional, do ser com os outros, o caráter absoluto dos direitos da personalidade se relativiza.¹³⁸

se de cunho intelectual, ou seja, não são, de regra suscetíveis de valoração econômica, não ingressando, pois, no comércio jurídico; prosperam por toda a vida da pessoa e, alguns, mesmo após a morte e indelevelmente (como o direito às criações intelectuais, que é perene, sob o aspecto moral), não se transmitem a outrem, pois aderem a seu titular, podendo, por exceção, alguns ser utilizados economicamente, mediante expressa autorização do titular e a remuneração correspondente; não sofrem prescrição, podendo afirmar-se a qualquer momento; não podem ser objeto de penhora em Juízo; opõem-se contra toda a coletividade, à qual cabe o dever geral de abstenção, ou seja, de não se praticar qualquer ato de ameaça ou de turbação.” BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 108.

¹³⁵ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 415.

¹³⁶ “ (...) alguns autores consideram como inatos, terminologia que, todavia, mostra-se por vezes dúbia, já que suscita a conotação jusnaturalista, adotada por alguns autores, no sentido de que tais direitos preexistem à ordem jurídica, independentemente, portanto, do dado normativo.” TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro**. Temas do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro**. Temas do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33.

¹³⁸ Fernanda Cantali afirma que o caráter absoluto não pode ser compreendido como gerador de imposição ilimitada e em qualquer circunstância. A doutrina civilista conservadora não enfrenta esta questão, apegando-se tão somente à noção de direito absoluto em face da oponibilidade. Entretanto, tal diferenciação merece atenção, na medida em que, tratando-se de direitos fundamentais, a doutrina constitucional constatou que não é possível sustentar o caráter absoluto desses direitos, já que se conjugam e se limitam reciprocamente. CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 128-129.

- c) Essenciais, porque na ausência dos direitos da personalidade todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, sendo que, sem eles a pessoa não existiria como tal.¹³⁹
- d) Vitalícios, porque são indispensáveis ao homem durante todo o curso de sua vida.¹⁴⁰ Dessa forma, acompanham o titular enquanto este viver.
- e) Necessários, no sentido de que não podem faltar.
- f) Extrapatrimoniais, pelo fato de não poderem ser avaliados economicamente, pelo seu caráter pessoal, sendo insuscetíveis de aferição econômica. Mas isso não impede o ressarcimento do eventual dano causado a um desses bens pessoais, pelo valor correspondente à lesão, e que alguns deles – como é o caso do direito de imagem – sejam objeto de negócio jurídico patrimonial.¹⁴¹
- g) Intransmissíveis, pois o titular desses direitos não pode transmiti-los a terceiro, privando-se do seu gozo, por serem inerentes ou essenciais à pessoa, motivo pelo qual não podem ser cedidos, alienados, onerados ou subrogados em favor de outrem.¹⁴²
- h) Irrenunciáveis, por serem inerentes à pessoa, assim, não poderão ser objeto de renúncia, ressalvadas a disposição ou a limitação do exercício de utilidade social (tolerância negativa à honra ou à privacidade) ou econômica (exploração do direito de imagem) de alguns desses direitos.¹⁴³
- i) Imprescritíveis, significa que o não exercício de algum dos direitos da personalidade não implica a sua extinção, pela prescrição, por serem direitos indisponíveis.¹⁴⁴
- j) Impenhoráveis, porque são bens fora do comércio, de natureza extrapatrimonial, assim, não estão sujeitos à alienação voluntária ou forçada.¹⁴⁵

¹³⁹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 24.

¹⁴⁰ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000, p. 44.

¹⁴¹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 415.

¹⁴² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 402-403.

¹⁴³ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000, p. 57-58.

¹⁴⁴ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 413.

k) Indisponíveis, muitos autores a consideram relativa¹⁴⁶, tendo em vista que alguns direitos poderão ser objetos de contrato de concessão ou licença de uso, sempre de forma temporária, como no caso do direito à imagem. Dessa forma, certos direitos da personalidade acabam ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte do seu titular, sem, no entanto, afetar-se os seus caracteres intrínsecos.¹⁴⁷

Com efeito, como se podem verificar, as características da personalidade se acobertam dos componentes essenciais da personalidade humana, a fim de preservá-los contra investidas possíveis no relacionamento cotidiano, diante da freqüente exposição a que se submetem as pessoas, desde a vida no lar a do exercício profissional, como também da simples locomoção, dentre outras atividades mais.

No caso específico do direito à imagem do atleta profissional de futebol, é essa relativa disponibilidade que permitirá que o titular do direito de imagem tire proveito econômico de sua imagem usando o seu alto poder atrativo. Dessa forma, no próximo capítulo poderá se comprovar que isso começou a ocorrer com o crescimento do uso publicitário da imagem, ocorrendo uma verdadeira exploração econômica do direito à imagem dos atletas de futebol.

É com esse crescimento da importância da mídia nas sociedades modernas que fez com que aumentasse a importância econômica da imagem do indivíduo, sendo esta, em muitos casos remunerados de forma milionária. Aqui o direito de personalidade, e por ora, o direito à imagem, vê-se estampado em propagandas que há muito tempo utiliza a imagem dos jogadores de futebol para venderem seus produtos.

Isso demonstra o fascínio que o esporte exerce sobre a população, estimulando, sobretudo, o pagamento de cachês vultosos pela utilização da imagem dos atletas. Um exemplo disso foi a conquista do terceiro lugar na Copa do Mundo de Futebol de 1938, em que os principais jogadores da seleção brasileira, Leônidas

¹⁴⁵ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000, p. 60.

¹⁴⁶ Walter Moraes afirma que é “improcedente a posição de alguns autores que dizem indisponíveis os direitos de personalidade, como se a idéia de dispor induzisse necessariamente a de privar-se.” MORAES, Walter. **Direito à própria imagem** (I). v. 443. São Paulo: RT, 1972, p. 80.

¹⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.12.

da Silva (o Diamante Negro), artilheiro da competição, e Domingos da Guia (o Divino), tornaram-se verdadeiros garotos-propagandas, ganhando com a publicidade muito mais do que os contratos com os seus clubes.¹⁴⁸

Há mais de três décadas a imagem de Pelé, reconhecida internacionalmente, é utilizada para estampar campanhas publicitárias ao redor do mundo. Desde meados dos anos 1960, a imagem de Edson Arantes do Nascimento é uma das mais requisitadas pelas agências de propaganda. No final dos anos de 1980, o ex-jogador faturava mais de US\$ 10 milhões anuais com a sua imagem em dezenas de países. Sua imagem estava associada a uma marca de jeans na Rússia, a uma de guaraná no Oriente Médio, à Pepsi-Cola nos Estados Unidos, aos produtos esportivos da Umbro na Europa, a café no Brasil. Ao redor do mundo sua imagem vendia de roupas a vitaminas e medicamentos.¹⁴⁹

Outro exemplo que se repete com a utilização da imagem é a do jogador Ronaldinho gaúcho. Durante a Copa do Mundo de 2006, a televisão mostrava mais de uma dezena de campanhas publicitárias diferentes utilizando o jogador, gerando uma verdadeira superexposição de sua representação física. Na época, atacante do time do Barcelona, apareceu na mídia divulgando produtos Nike, Elma Chips, Unilever, Kibon, Texaco, Oi, Extra, Adam's e Santander. Segundo estimativas, em 2005 o jogador teria arrecadado cerca de US\$ 14 milhões apenas com sua imagem na propaganda. No mesmo ano, as campanhas de publicidade no mundo que utilizaram a imagem de Ronaldinho como tema, teriam envolvido investimentos altíssimos.¹⁵⁰

No momento atual, o exemplo de atletas que deixam claro esta superexposição da imagem é David Beckhan e Ronaldo Nazário. Aquele se tornou o maior atleta garoto-propaganda dos últimos tempos, pois soube utilizar mais a disponibilidade da sua imagem para seu benefício financeiro, extrapolando, assim, o seu faturamento como atleta, ganhando mais com a publicidade do que como atleta em si. Já, Ronaldo, também usufruía da sua imagem quando atuava no futebol europeu, no entanto, com a sua volta para o futebol brasileiro para o Corinthians, impulsionou o marketing do clube, o qual usufrui diretamente da imagem do jogador para alavancar seus ganhos com publicidade e vendas de produtos licenciados com

¹⁴⁸ Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>

¹⁴⁹ CHAVES, Antônio. **Direitos conexos**: atualizados de acordo com a nova Lei de Direitos Autorais, n.º 9610, de fevereiro de 1988. São Paulo: LTR, 1999. p. 607.

¹⁵⁰ Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>

a sua marca. Isso devido ao termo do contrato celebrado entre as partes, no qual o Corinthians detém 50% dos lucros obtidos com a exposição da imagem de Ronaldo, e por outro lado, o atleta detém uma porcentagem dos lucros obtidos com os patrocínios principais que o clube conseguiu, através do uso da sua imagem. Assim, resta um negócio vantajoso para ambas as partes. Além do mais, a receita obtida pelo Corinthians aumentou significativamente desde sua contratação.

É nesse sentido, que a esfera do direito à imagem deve ser protegida de qualquer atentado à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, observando o direito ao respeito que abrange a preservação da imagem.

Mas, sem dúvida, os casos citados são extremos, representando situações limítrofes de até onde pode chegar a valorização da imagem do jogador profissional de futebol. Porém, guardadas as devidas proporções, o interesse pela utilização da figura do atleta também ocorre com os jogadores menos famosos. Estes também são assediados por agências de publicidade que querem usar sua figura, mesmo que conhecida por torcedores deste ou daquele clube, para angariar a simpatia popular, transferindo-a para um produto ou serviço.

Pois bem, conforme as características referidas dos direitos de personalidade, a definição do direito da personalidade, a sua classificação, bem como os exemplos citados, notam-se que estes direitos visam à proteção do homem enquanto pessoa, bem como a existência de um direito geral de personalidade, que é composto por outros direitos da personalidade, os quais representam as emanações do ser humano, tais como a liberdade, a honra, a imagem, a privacidade, etc. Nesse sentido, faz-se necessário analisar este direito geral da personalidade.

3.3 A CLÁUSULA GERAL DO DIREITO DA PERSONALIDADE

A sociedade se torna cada vez mais complexa em decorrência dos avanços e das conquistas tecnológicos. No entanto, estes avanços acarretam situações de risco à personalidade da pessoa e, com isso, ocorre o surgimento de novas situações que demandam proteção jurídica à pessoa.

Assim, surgem divergências quanto à forma de proteção dos direitos da personalidade, ou seja, se devem ser concebidos como uma pluralidade de direitos,

em que cada um incida sobre um aspecto da personalidade, ou se existe um único direito geral da personalidade que se refere à personalidade no seu todo.

É nesse sentido, que surge a existência de duas correntes: a pluralista e a monista.¹⁵¹ A corrente pluralista é aquela que defende a existência de múltiplos direitos de personalidade. Esta concepção sustenta a existência de duas teorias chamadas de atomísticas. A primeira, que afirma a existência de uma série fechada de direitos (tipificados ou *numerus clausus*), e a segunda, que sustenta uma série aberta de direitos (atipicidade).¹⁵² Já a corrente monista é aquela cujos adeptos entendem os direitos da personalidade na forma de um direito único e esgotante, considerado geral, que concretizam a tutela geral da personalidade.

Como a pessoa representa, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação, isto é, sujeito e objeto, os quais são considerados como um problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa, pode-se considerar que a personalidade é um valor unitário da pessoa humana.¹⁵³

É nesse aspecto, que se pode afirmar a existência de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana para proteger a pessoa em seus múltiplos aspectos. Além do mais a ampliação gradual e progressiva dos direitos da personalidade têm demonstrado a impossibilidade da adoção de um sistema fechado, no qual as hipóteses merecedoras da tutela jurídica sejam apenas as indicadas diretamente em determinada norma legal.

Assim, a doutrina esclarece que não existe um *numerus clausus* relativamente aos direitos da personalidade, que são ilimitados, próprios do ser humano.¹⁵⁴

Os direitos da personalidade presentes na Constituição Federal e no Código Civil de 2002 não podem ser considerados listas exaustivas ou taxativas dos direitos

¹⁵¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 25.

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.153-154.

¹⁵³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.155.

¹⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro**. Temas do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p 49. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.156. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim/ coordenação Renan Lotoufo), p. 24.

da personalidade. Pelo contrário, “são listas apenas exemplificativas que refletem dado momento histórico que está em veloz mutação.” Ainda se pode afirmar que “a sua previsão legal é apenas uma forma de lhes possibilitar proteção mais rápida e direta.”¹⁵⁵

Da mesma maneira, Adriano de Cupis defende a tese da existência de vários direitos da personalidade, também considera que o rol desses direitos é apenas exemplificativo, nunca taxativo.¹⁵⁶

Carlos Alberto Bittar afirma que há uma contínua alimentação à categoria dos direitos da personalidade, de acordo com novos direitos que a elaboração científica, processada principalmente pela ação da jurisprudência e da doutrina, vem inserindo em seu contexto.¹⁵⁷

Conforme a regra disposta no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que venham a ser reconhecidos posteriormente.

Portanto, o rol dos direitos da personalidade está em contínua expansão, constituindo uma série aberta de vários aspectos da personalidade ou, também, da mesma forma que a doutrina italiana¹⁵⁸, pode-se falar de um direito geral da personalidade, abarcando todas as espécies de direitos da personalidade.¹⁵⁹

Entretanto, em relação à teoria atomística tipificadora, esta não merece prosperar, pois a personalidade humana não poderia ser tutelada através de direitos subjetivos típicos, na medida em que tutelada é valor da pessoa humana. A personalidade “está na base de uma série de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela.”¹⁶⁰

¹⁵⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 25.

¹⁵⁶ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 32.

¹⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.17.

¹⁵⁸ Grande parte da doutrina italiana defende a exclusividade da existência de direitos da personalidade, todavia, acabam admitindo, junto com a jurisprudência, um leque amplo de direitos da personalidade decorrentes do direito penal, bem como a partir da cláusula geral de tutela da pessoa contida no art. 2º da Constituição de 1947. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 128-129.

¹⁵⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 24.

¹⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156.

Já a teoria atomística, atípica, ainda encontra muitos adeptos, os quais sustentam o caráter não taxativo das listas de direitos da personalidade.¹⁶¹

No entanto, o que deve prevalecer é a cláusula geral do direito da personalidade, a qual encontra fundamento no artigo 1º, III, da Constituição Federal, que estabelece a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, na forma de verdadeira cláusula geral. Como já ressaltado anteriormente, esta ampliação dos direitos da personalidade, decorrente da necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana, demonstra a impossibilidade de adoção de um sistema fechado. Dessa forma, deve prevalecer o artigo 5º § 2º da Constituição Federal, que amplia a proteção da pessoa a todas as circunstâncias necessárias, independentemente de previsão legal.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, afirma que “os direitos da personalidade, em nosso ordenamento jurídico, são, ao mesmo tempo, uma série aberta de direitos e uma cláusula geral voltada para a dignidade da pessoa”. Complementa dizendo que, “não se excluem e ambas têm a mesma relevância prática”.¹⁶²

Na verdade, essa relevância prática refere-se ao fato de ampliar a proteção da pessoa, independentemente de tipicidade, pois ambos têm como fundamento a dignidade da pessoa humana.

A partir de todas as colocações referidas, podemos concluir que a necessidade da cláusula geral dos direitos da personalidade decorre das seguintes premissas: a) os direitos da personalidade são ilimitados, além de estarem previstos em todos ordenamento (normas constitucionais, civis, etc); b) a tutela geral da personalidade permite a inserção de novos direitos, atuais ou futuros, previsíveis ou imprevisíveis; c) o direito geral da personalidade funciona como um princípio geral para casos não expressamente regulados pelo legislador, mas também os que são regulados expressamente de forma subsidiária;¹⁶³ d) a tutela jurídica, calcada em tipos legais fechados seria sempre redutora, e, portanto, incompatível com a proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁴

¹⁶¹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 124-128.

¹⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p.29.

¹⁶³ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 559.

¹⁶⁴ PINTO, Paulo da Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no Código Civil brasileiro. In **Revista Jurídica**, v. 314, p. 13-19, 2003.

Contudo, faz-se necessário ressaltar que, enquanto cláusula geral, o princípio da dignidade da pessoa humana, extraído da Constituição Federal, deve ser utilizado para orientar as condutas consideradas essenciais no âmbito dos direitos da personalidade.¹⁶⁵

Maria Celina Bodin de Moraes denomina o alcance da cláusula geral afirmando que ela “visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo ‘que lhe é próprio’, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada.”¹⁶⁶ Logo, deixa claro que também se abrigam sob a sua proteção os demais direitos que se relacionam com a personalidade.

A cláusula geral da personalidade foi reconhecida em vários países do mundo.¹⁶⁷ No Brasil, ela não foi reconhecida de maneira expressa, mas como já observado, a doutrina vem admitindo a sua existência entre nós, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, e na pluralidade dos direitos da personalidade implicitamente contida no artigo 12 do novo Código Civil, cuja previsão se estende para além dos direitos tipificados pelo legislador.

Neste aspecto, é válida a crítica de Judith Martins-Costa, quando afirma que o novo Código Civil poderia ter avançado mais na tutela da personalidade, criando, assim, “uma ponte entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos constitucionais sociais, também atinentes à múltipla dimensão da personalidade.”¹⁶⁸

No entanto, não se pode restringir os direitos da personalidade aos dispostos na legislação Civil, e sim a partir da cláusula geral disposta na Constituição Federal, a qual protege a tutela de hipóteses ainda não previstas.

¹⁶⁵ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 145, salientando com apoio em Hubmann, que o direito não quer nem pode realizar toda a eticidade, mas só um mínimo ético, com base no at. 2º, n. 1º, da Lei Fundamental Alemã.

¹⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128.

¹⁶⁷ O direito geral de personalidade veio a se firmar na Alemanha a partir da Lei Fundamental de 1949, em que a jurisprudência, baseando-se nos artigos 1º e 2º, acabou por reconhecer o chamado direito geral da personalidade. Na Áustria, Suíça, e a Grécia também se firmou o direito geral da personalidade, sendo prestigiada, igualmente, pelo Código Civil Português de 1966, artigo 70. PINTO, Paulo da Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no Código Civil brasileiro, in **Revista Jurídica**, v. 314, p. 14, 2003.

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

Nesse sentido, torna-se necessário uma melhor análise do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é o fundamento da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

3.3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cláusula Geral do Direito da Personalidade

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se um comando jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, classificado como um dos fundamentos da república Federativa do Brasil e avançou, significativamente, ao ser consagrado no artigo 1º inciso III.¹⁶⁹

A Constituição Federal de 1988 espelha no seu texto garantias e direitos estabelecidos de modo paradigmático na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ela está fundamentada no Estado Democrático de Direito, caracterizando a ruptura com o regime autoritário militar instaurado em 1964, no qual ocorreu a supressão de direitos constitucionais.¹⁷⁰

Essa fase em que ocorreu a ditadura militar no Brasil, bem como as ditaduras latino-americanas, foi um obstáculo “na construção da democracia e no resgate da dignidade humana.”¹⁷¹ Considerada uma época marcada pelo sofrimento e pela barbárie, tornou-se fundamental para o reconhecimento da dignidade humana.¹⁷²

¹⁶⁹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição;

¹⁷⁰ Vital Moreira afirma que não de qualquer Constitucionalismo, sim do Constitucionalismo de raiz democrática baseado nos princípios do Estado de Direito e da democracia representativa. MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Direito Constitucional Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 316.

¹⁷¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). **Justiça e memória**: por uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 1.

¹⁷² É o que enfatiza José Carlos Moreira da Silva, afirmando que “a sociedade de hoje deixou atrás de si um rastro de destruição, morte e sofrimento.” Acrescenta, ainda, que “o sofrimento é, portanto, o ponto de partida de uma ética negativa. O refugio passa a ser uma nova referência do humano, tomando o lugar da dignidade humana e suas abstrações.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). **Justiça e memória**: por uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 4.

Mas com a Constituição Federal de 1988 foi reforçada a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais.¹⁷³ É nesse sentido, que não se pode esquecer que o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana passou por fatos marcantes, ocorridos durante o regime militar, inseridos na história.

Mas, sem dúvida, com a Constituição Federal de 1988 foi dado um grande destaque aos Direitos Fundamentais¹⁷⁴ devido a sua grande importância ao longo dos tempos, pois é fruto do pós-guerra que acabou atingindo e influenciando toda a sociedade na construção desses direitos. Isso resultou na ampliação e concretização considerável dos direitos e garantias fundamentais, como os direitos individuais, coletivos, difusos, políticos e sociais, sendo o grande destaque conferido na história de conquistas dos direitos fundamentais da pessoa humana.

No Modelo do Estado Liberal, a função da Constituição era regular as relações dos indivíduos com o Poder Público, reflexo da separação entre o Estado e a sociedade, característica do Estado Liberal¹⁷⁵. Nessa época, o Estado apenas exercia a função de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, a saber: a liberdade, a segurança e a propriedade. Não havia por parte do direito uma preocupação maior com os direitos sociais, por conseqüência, o Modelo Liberal propiciou o surgimento de graves problemas sociais pertinentes a grande parte das pessoas da época. A partir da instauração do Modelo do Estado Social¹⁷⁶ e o

¹⁷³ Conforme Paes Andrade e Paulo Bonavides “foi restituído ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar”. ANDRADE, Paes, BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora, 2005, p. 486.

¹⁷⁴ ANDRADE, Paes, BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora, 2005, p. 85.

¹⁷⁵ O ideal de codificação relacionava-se diretamente com o modelo do Estado Liberal, em que o direito privado determinava e garantia as regras, pois cabia ao Código delimitar a esfera da liberdade privada dos indivíduos e regular as relações econômicas, sobre dois pilares: o contrato e a propriedade. O liberalismo da época apregoava a auto-suficiência e o hermetismo do Direito emanado do Estado. Supunha-se a neutralidade dos preceitos que o jurista devia seguir. Nesta época o ser humano era visto como um fim em si mesmo, sujeito ou titular de direito, ficando claro a conotação patrimonialista, em nível de abstração que ia às últimas conseqüências. Dentro desse modelo capitalista só o burguês possuía bens para proteger e comprometer através do contrato, e era ele o sujeito de direito mirado pela codificação – modelo individualista que prevalecia o ter sobre o ser. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

¹⁷⁶ A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX, como conseqüência do Welfare State, o qual, por sua vez, foi uma manifestação característica do período posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial (1945), pelas profundas transformações que provocou. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia, sendo que, a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. No Brasil, esta passagem do Estado Liberal para o Estado Social, começa a se desencadeado a partir das relações privadas, vinculada à industrialização e ao comércio, com a conseqüente mobilidade dos

conseqüente intervencionismo estatal nas relações privadas, juntamente com à participação ativa da sociedade no exercício do poder, tornou-se necessário a incidência das normas constitucionais¹⁷⁷, não apenas nas relações entre os indivíduos e o Poder Público, mas também nos conflitos de âmbito privado.

Mas com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, posteriormente, a consagração dos direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição de 1988¹⁷⁸, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizou a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país por vários anos de ditadura.

Dessa forma, após mais de duas décadas de ditadura, sob o regime militar, a Carta Constitucional vigente consolida um autêntico Estado Democrático de Direito, trazendo consigo um tratamento diferenciado e inédito na questão social, pois positiva a dignidade da pessoa humana, passando o ser humano a ocupar o centro do ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, vê-se que o Estado brasileiro foi inspirado em bases democráticas, as quais concebem o Estado voltado unicamente para o bem estar da pessoa humana e não o contrário, constituindo o ser humano a finalidade precípua do Estado, não mais a atividade estatal¹⁷⁹.

Além do mais, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais está ligada, portanto, à superação do paradigma liberal ao reconhecimento desses direitos e garantias fundamentais, a partir dos quais exprimem valores que se irradiam por todo o ordenamento, tanto público como privado. Essa vinculação dos direitos fundamentais deve-se a unidade do ordenamento jurídico, a qual os direitos fundamentais devem incidir sobre toda ordem jurídica, inclusive, nas relações

indivíduos na busca do emprego e da melhoria, a qual deu-se de forma precária, surgindo, assim, o Direito de Trabalho, o qual ocorre o reconhecimento do desequilíbrio da relação entre as partes.

¹⁷⁷ “... Neste cenário, a tradicional dicotomia, de origem romana, Direito Público/Direito Privado, sofre grande impacto, em razão da progressiva publicização do Direito Privado, e da sua ‘invasão’ pela normativa constitucional. Se no Estado Liberal havia o primado do privado sobre o público, seja pelo predomínio da “liberdade dos modernos “sobre” a liberdade dos antigos”, seja em razão do respeito não apenas ao sacrossanto espaço da autonomia individual, mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado Social, invertem-se os termos dessa equação. O primado do público sobre o primado do Estado Social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários.”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 41.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg SARLET; Ingo Wolfgang. (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111/112.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 65.

privadas. Assim, protegem-se os indivíduos contra as ingerências do Estado, bem como quando os atos atentatórios forem provenientes de outros indivíduos ou entidades privadas.¹⁸⁰

Entretanto, não é uma criação da ordem constitucional, pois o ser humano já era reconhecido como sujeito de direitos¹⁸¹, embora seja por ela protegida.

José Carlos Moreira da Silva Filho afirma que “os direitos de personalidade devem ser respeitados não só pelo poder público, mas também por todos os membros da sociedade civil”, acrescenta ainda que isso “pode ser afirmado pela via da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, especialmente quando o que está em jogo é a dignidade da pessoa humana.”¹⁸²

Este princípio confere sentido e valor à pessoa, condicionando a aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Também, considerado fonte fundamental do Direito, significa que o homem é o centro e o fundamento de toda atividade. Desse modo, os direitos da personalidade têm sua base no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸³

Tanto é assim, que exprime a primazia da pessoa humana, e está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo.¹⁸⁴

É nesse sentido, que Pietro Perlingieri afirma a existência de um direito geral da personalidade que protege a pessoa humana como um valor unitário.¹⁸⁵ E esse direito geral da personalidade é, portanto, a dignidade da pessoa humana, a qual está presente em todos os seres humanos.

Mas essa idéia de que todo ser humano tem essa qualidade nem sempre foi reconhecida. O ser humano nem sempre foi considerado pessoa, e como já falado

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg SARLET; Ingo Wolfgang. (org.) **A constituição concretizada - Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 118-119.

¹⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. IV ed., Saraiva: São Paulo, 2005, p. 8.

¹⁸² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STREK, Lenio Luiz, et. al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. (Orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 268.

¹⁸³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p.13.

¹⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-156.

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154-155.

anteriormente, é com o Cristianismo que se deu uma maior valorização ao ser humano, trazendo o reforço de que o homem é portador de valores. Nesse sentido, pode ser citada a questão indígena, em que, na grande maioria das vezes, e de acordo com a sua história e cultura, são considerados inferiores e carentes de tutela. José Carlos Moreira da Silva Filho cita o frei dominicano Bartolomeu de Las Casas, identificado como grande “defensor dos índios”, afirma que eles devem ser reconhecidos “a partir de sua alteridade e identidades culturais, o que implica, inclusive, não simplesmente, em conferir um direito, mas sim em reconhecê-lo como pré-existente ao próprio Estado brasileiro”.¹⁸⁶ Isto resulta em reconhecer a dignidade da pessoa humana em todas as pessoas, sem concessões de espécie alguma, devendo amparar todos os indivíduos, indiscriminadamente. Todavia, este sujeito da relação jurídica deve ser visto como um dos elementos necessários dessa relação e não meramente funcional.¹⁸⁷

Portanto, deve-se reconhecer o ser humano como sujeito de direitos e, assim, o caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo.

No entanto, tarefa nada fácil conceituar a dignidade da pessoa humana, há uma dificuldade no estabelecimento do seu conceito, ainda mais tendo em vista a variabilidade histórico-cultural, pois a dignidade da pessoa é consequência de um grande desenvolvimento desde os tempos antigos até os dias de hoje.¹⁸⁸

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade da pessoa é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Acrescenta dizendo que devem ser garantidas às pessoas “condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-

¹⁸⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STREK, Lenio Luiz, et. al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. (Orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 268.

¹⁸⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STREK, Lenio Luiz, et. al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. (Orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 266.

¹⁸⁸ Segundo o livro de Fábio K. Comparato. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁸⁹

Assim, a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo um elemento que qualifica o próprio ser humano, não podendo dele ser retirado.

Em relação à própria conceituação da pessoa humana, cabe ser citado o pensamento de Kant, pois o que caracteriza o ser humano e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Como diz Kant, "o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade."¹⁹⁰

Como o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, não tem preço, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa.

Passou-se a reconhecer a necessidade de se respeitar o homem como pessoa humana, desde a Antiguidade até o Humanismo, com a Declaração Universal dos Direitos do homem e do Cidadão (1789), confirmada pela declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), chegando às Constituições Contemporâneas.

Com a Constituição Federal de 1988, considerada "Constituição cidadã", que representou o grande marco na redemocratização do país, com uma relevante dimensão simbólica: ela marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia¹⁹¹. Por certo, é inconteste que ela trouxe a reconquista dos Direitos Fundamentais, com um tratamento diferenciado na questão social, consagrou de maneira expressa o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento primordial do Estado.

Também se deve ter em vista, que cada ser humano está inserido num processo de desenvolvimento, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo incompleto e inacabado, e

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

¹⁹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora MartinusClaret, 2005, p. 68.

¹⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 84.

em contínua transformação, toda pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser.¹⁹² Entretanto, mesmo levando em consideração o desenvolvimento do ser humano, e este processo em permanente transformação, a sua dignidade não deve sofrer violação por hipótese alguma.

A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado, além de provocar um deslocamento do Direito do Estado para o do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade, passando do Estado de Direito para o Estado Constitucional¹⁹³, paralelamente, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Na verdade, houve uma inversão na relação causal entre indivíduo, sociedade e direito.¹⁹⁴

Mas esse valor-fonte da dignidade da pessoa humana, o qual ocorreu com o reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada pessoa, não resulta, de uma qualidade biológica e inata ao ser humano, geneticamente pré-programada.¹⁹⁵

Seria sim, e como uma das principais funções do princípio da dignidade da pessoa humana, perceber o seu sentido e a sua amplitude, e como afirma Ingo Wolfgang Sarlet “a noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana.”¹⁹⁶

Roxana Borges afirma que “basta ter a qualidade de ser humano para o ordenamento jurídico reconhecer a qualidade de dignidade.”¹⁹⁷

¹⁹² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

¹⁹³ ¹⁹³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 51.

¹⁹⁴ Não compete mais a sociedade e ao Direito estabelecido criar ou reconhecer o indivíduo como ‘pessoa’; são os indivíduos que criam a sociedade, o Estado e o Direito que a rege. Desse modo, há que se considerar Estado de Direito quando existe o reconhecimento às liberdades e aos direitos fundamentais dos indivíduos que o integram e a quem se reconhece, de igual maneira, como seus criadores; do contrário, quando a primazia dos sujeitos não é considerada, afastado está o delineamento do chamado Estado de Direito. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 151.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.22.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

¹⁹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p.15.

Portanto, na atual concepção jurídica de pessoa, a dignidade é uma qualidade intrínseca à pessoa humana, diz com a condição humana do ser humano. Por ora, confere unidade de sentido à pessoa e também de sentido à Constituição Brasileira. Todavia, é preciso buscar a adequação do homem frente às próprias condições de possibilidade do ser humano.

Deste modo, não se pode desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do direito e da sociedade no que se refere à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana. Além do mais quando se fala em dignidade da pessoa humana, está a se referir, num primeiro momento à complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade¹⁹⁸

Diante destes aspectos, os direitos da personalidade, especialmente o direito à imagem, não pode ser mero objeto de interesse de outros indivíduos, pois o ser humano é sujeito de sua história e, por isso, que se deve haver o reconhecimento da dignidade da pessoa humana durante a evolução da vida. Além do mais, “o conteúdo da dignidade não é determinado expressamente pelo direito e dependerá das circunstâncias sociais e do próprio sentimento de dignidade que cada pessoa tem a respeito de si mesma.”¹⁹⁹

É nesse sentido que, enquanto cláusula geral, o princípio da dignidade da pessoa humana deve orientar as condutas das pessoas no âmbito dos direitos da personalidade. Portanto, reitera-se que o desenvolvimento do direito geral da personalidade servirá para que a doutrina e a jurisprudência encontrem soluções envolvendo o direito de imagem, como, por exemplo, a exploração do direito da imagem da pessoa, a tutela preventiva da imagem, inclusive no que diz respeito à captação e à divulgação alheia.

Todavia, esta inserção e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal, nos direitos da personalidade, disposto no Código Civil, resultou na ocorrência de intervenção estatal nas relações interprivadas à luz dos ditames constitucionais. E isto acontece em decorrência do fenômeno da repersonalização do Direito Privado, o qual proporcionou a afirmação do direito geral da personalidade.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

¹⁹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p.16.

3.3.2 A Repersonalização do Direito Privado

O direito civil tem que acompanhar as transformações oriundas do tempo, pois não se admite paralização, senão torna-se inaplicável. E esta remodelação do direito privado teve como preponderante a Constituição Federal de 1988 e do projeto social ali inserido.

A repersonalização do direito privado tem como base a tutela da pessoa humana e da dignidade fundamental, as quais constituem a força ativa e determinante das inovações no direito civil estabelecida na Constituição a partir da cláusula geral da tutela da dignidade humana.

Todavia, em que pese a realização deste processo de repersonalização, segundo José Carlos Moreira da Silva Filho, quer dizer “a idéia de que a pessoa humana, em uma noção que vá além de sua versão individualista e abstrata (daí falar-se em repersonalização e não personalização), deve configurar o centro do Direito Civil (e não mais o patrimônio)”²⁰⁰.

Isso começou a ocorrer, inicialmente, com a transição do Estado Liberal²⁰¹ para o Estado Social, com o crescente processo de industrialização e a conseqüente massificação nas relações, mostrou-se insuficiente a igualdade formal imposta pelos códigos frente à materialidade das desigualdades sociais, surgindo o Estado Social.²⁰² No entanto, a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, só começou a ser alterada a partir do Século XX, na Europa, e após a década de 30, no Brasil, ou seja, com a Revolução de 30, foi um dos legados mais marcantes da chamada Era Vargas.²⁰³

²⁰⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 114.

²⁰¹ Nesta etapa de evolução do direito, as relações do indivíduo frente à sociedade e frente ao Estado são, respectivamente, de indiferença e de resistência. Não se desconhece a categoria de interesse público, mas este é concebido como resultado da soma aritmética da satisfação de interesses particulares (...). O “ter”, neste momento histórico de hegemonia dos valores liberais da burguesia, é um elemento de paridade em oposição ao “ser.” NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

²⁰² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 67-83.

²⁰³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, pág. 72.

Cabe ressaltar que “o ideal da codificação relacionava-se estreitamente com o modelo de Estado Liberal”²⁰⁴, com uma rígida separação entre direito privado e público. No entanto, esta hegemonia do Código na disciplina das relações privadas começou a ser ameaçada, em decorrência das transformações sociais e para atender às crescentes demandas.

Assim, o Estado começou a editar leis específicas, para assegurar maior igualdade entre as partes, na tentativa de reequilibrar o quadro social formado pelo liberalismo. Por ora, é com o surgimento dos microsistemas que exemplifica esta fase do direito privado, mostrando já, o início de um novo paradigma, com o surgimento de inúmeras leis.²⁰⁵

Mas a decadência do Código Civil não se esgotou no surgimento do Direito do Trabalho, e sim a partir da 1ª Guerra Mundial, começando operar-se na Europa uma significativa mudança na legislação civil, com intervencionismo estatal e inúmeras legislações especiais, ocorrendo uma fase dos estatutos, maior frequência de cláusulas gerais e de diretrizes hermenêuticas.²⁰⁶

O antigo Código Civil, no Brasil, só veio a ser editado em 1916, pois até então dominavam as Ordenações Filipinas, de Portugal, mantidas após a Declaração de Independência. Este Código foi resultado da concepção individualista que predominou nas codificações do século XIX, voltado para a proteção do patrimônio, sendo que, o sujeito de direito somente era protegido se estivesse na proteção de proprietário e de contratante.

A este contexto, citado anteriormente, em que começou a ocorrer um processo de elaboração de leis ou estatutos específicos para situações que não poderiam encontrar abrigo no Código Civil de 1916 se chama descodificação do direito civil.²⁰⁷ Porém, a descodificação não se resume apenas à multiplicação de normas setoriais, fora do Código. Na verdade, ela reflete um fenômeno mais

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 69.

²⁰⁵ O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos. (...) A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microsistemas jurídicos, que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o Sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 45

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 72.

²⁰⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 87.

profundo, tendo em vista que os microssistemas são independentes do Código Civil e, assim inspiram-se em objetivos e valores muito diferentes daqueles que norteiam a codificação. E esta inspiração, encontra fundamento de validade na Constituição Federal e não no Código Civil.

Com o advento do Código Civil de 2002 surgiu um número significativo de cláusulas gerais²⁰⁸, e em consequência, acentuou-se o caráter valorativo, permitindo apurar qual a conduta objetivamente reclamada por aquele tipo na situação concreta.²⁰⁹ Dessa forma, pode atribuir ao intérprete uma posição mais responsabilizante na interpretação e aplicação do Direito, no caso concreto, e por ora, acompanhar as transformações sociais.

Todavia, apesar dos avanços do Código de 2002, fica ainda bem aquém da Constituição, no que se refere ao alicerçamento do Direito Privado. Mas também tem muitos méritos, como a inclusão de certos ordenamentos jurídicos pela jurisprudência e pela doutrina.

É nesse sentido, que o direito à imagem do atleta de futebol, deve ser vista a partir dessa repersonalização do Direito Privado, pois num primeiro momento, costuma-se dizer, que tais direitos são insuscetíveis de avaliação patrimonial, no entanto, nada impede que eles possam figurar como objeto de negócio jurídico.

No capítulo terceiro do presente trabalho, portanto, se mostrará essa perspectiva do direito à imagem do atleta de futebol amparado pela repersonalização do Direito Privado, demonstrando que poderá ocorrer o exercício desse direito à imagem a partir da disponibilidade relativa dos direitos de personalidade. Mas de maneira que nessa disponibilidade ocorra o verdadeiro reconhecimento do direito à imagem.

Todavia, antes de tudo, quando se fala em repersonalização do próprio direito à imagem, requer “que a pessoa, ao ser considerada titular de direitos e capaz de

²⁰⁸ As cláusulas gerais constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

²⁰⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **RTDC**, v. 28, p. 79, out/dez 2006.

deveres e obrigações, não pode ser tida simplesmente enquanto um universal racional, mas, também e paradoxalmente, como um particular concreto.”²¹⁰

Como já foi falado anteriormente, para se chegar a este sujeito concreto é necessário ir além dessa noção racional, abstrata e instrumentalizadora, procurando enfatizar a dimensão existencial da pessoa desenvolvida. Assim, torna-se primordial repensar o homem com o caráter existencial. Uma verdadeira relação jurídica não pode contentar-se com recorte meramente funcional do sujeito.

Além do mais, para ocorrer essa repersonalização do Direito Civil, o conceito de pessoa, como já referido, “deve deixar de ser apenas um mero sinônimo da noção de capacidade ou personalidade jurídica e assuma novamente o lugar fundante na construção científica e filosófica do direito.”²¹¹

Deste modo, a perspectiva civil-constitucional é uma mudança de paradigma e alternativa para a reunificação do sistema, interpretando todo o direito civil, à luz da Constituição. Por conseqüência, as Constituições passaram a definir os princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do direito.²¹²

Essa repersonalização é caracterizada pela perda da centralidade no sistema de fontes pelo Código Civil, tendo em vista a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida, assim, não recomenda sua continuidade, de acordo com a complexidade da vida contemporânea, além de que, a realidade não condiz com a rigidez das regras estabelecidas no Código Civil de 2002.

É nesse sentido, que se pode afirmar que a conseqüência fundamental da repersonalização da imagem do atleta de futebol é a afirmação do direito geral da personalidade fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual

²¹⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: livraria do Advogado, p. 266.

²¹¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de Personalidades. . In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: livraria do Advogado, p. 13.

²¹² VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: **Estudo jurídicos em homenagem ao prof. Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 501.

abarcará as soluções²¹³ para as infinitas modalidades de lesão da personalidade, em especial ao direito à imagem.

Comprovamos, assim, que as teorias atomísticas foram levadas ao fracasso, em decorrência de estarem atreladas à distinção entre os direitos públicos e os direitos privados da personalidade, bem como ao apego de estarem tipificadas no Código. Portanto, com a adoção da perspectiva constitucional, se impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o Direito Civil, como protagonista da reconstrução do sistema jurídico, não mais centrado no Código, mas na Constituição.

Outro aspecto importantíssimo para o presente trabalho é o reconhecimento da força normativa da Constituição²¹⁴, a qual veio trazer novas tendências, pois embora existem gradações entre os efeitos dos preceitos Constitucionais, todos eles possuem, pelo menos, uma eficácia mínima, um exemplo, o de que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico.

Trata-se de usar a interpretação constitucional como instrumento de emancipação social, pois a realidade social influencia a Constituição, servindo como instrumento normativo.²¹⁵ Esta incidência das normas constitucionais no direito privado dá-se de inúmeras formas, primeiro representa um limite para o legislador privado, o que importa na inconstitucionalidade das normas editadas em contrariedade a ela, bem como na não-recepção dos diplomas anteriores com ela colidentes. Também, a Constituição projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para as

²¹³ Maria Celina Bodin de Moraes afirma que como regra geral, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

²¹⁴ Na Alemanha, Ferdinand Lassale, comparava a Constituição a um mero “pedaço de papel”. Para combater esta posição, Konrad Hesse esboçou sua teoria sobre a “força normativa da Constituição”, que se opõe ao normativismo de Kelsen, que no plano Constitucional, isola a Constituição da realidade social, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional, que para Hesse é a “vontade de Constituição. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 54.

²¹⁵ Tereza Negreiros afirma que a densificação do conceito de ordem pública a partir dos parâmetros hermenêuticos estabelecidos constitucionalmente não teria sido possível sem a decisiva contribuição da teoria constitucional, que criou instrumentos capazes de garantir à Constituição o *status* de autêntica norma jurídica. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50-51.

transformações sociais ocorrentes, com a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana.²¹⁶

Esta perspectiva civil-constitucional, como instrumentos metodológicos apropriados a permitir às normas constitucionais que incidam sobre as relações jurídicas estabelecidas entre particulares, encontram-se fortes resistências. A grande maioria das críticas é voltada para a eficácia direta da Constituição nas relações privadas, pois se teme a descaracterização completa do Direito Privado, com perigos à autonomia privada.

Além do mais, a opção pelo reconhecimento de que a Constituição e não o Código Civil, figurando no centro do Direito Privado, decorre não apenas de um posicionamento jurídico calcado na dogmática, mas também de uma escolha ideológica, que leva em consideração as peculiaridades da Constituição Federal de 1988, voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana como cláusula geral da personalidade.

Assim, a teoria constitucional criou instrumentos capazes de garantir à Constituição o status de autêntica norma jurídica. E com a afirmação do caráter normativo dos princípios constitucionais, a Constituição foi pouco a pouco conquistando a condição de suprema fonte do Direito, seja público, seja privado.

Reconhecida a “força normativa da Constituição”, baseado na eficácia normativa dos princípios constitucionais, com a aludida materialização do sujeito de direito, a perspectiva civil-constitucional, em suma, constitui a conexão entre a história do direito civil e a história constitucional – particularmente o projeto de sociedade “justa, livre e solidária” (CF, art. 3º, I) que se foi delineado nas Constituições do século XX.²¹⁷

Essa transformação na forma de aplicar o direito, segundo desenvolvido anteriormente, é fruto da própria evolução social. E dessa nova concepção decorre a mudança de paradigma no direito civil.

Verifica-se, assim, que o direito à imagem do atleta de futebol ganha uma nova dimensão com a repersonalização do direito privado, focado na pessoa

²¹⁶ Lênio Streck afirma ser importante conceber a Constituição como topos hermenêutico, pois “a existência de uma hermenêutica constitucional, é perceber a Constituição como uma ferramenta, cujo conteúdo vem/virá a ser “confirmado” (ou não) pela técnica específica de interpretação (denominada hermenêutica constitucional). STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 311.

²¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

humana do atleta e não apenas no patrimônio. Os direitos da pessoa estão, assim, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser protegido concretamente pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

E, se realmente almeja-se empreender um deslocamento conceitual rumo à pessoa concreta do atleta, necessita-se ir mais além, principalmente quando se fala na indisponibilidade absoluta ou relativa do exercício do direito à imagem, tão claramente nos atletas de futebol, tendo em vista a repercussão econômica que isso pode lhes trazer.

Todavia, o objetivo de promover esta repersonalização do direito à imagem, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se problemática na medida em que se encontra fundamento para o negócio jurídico, apenas na autonomia da vontade.

4 UMA NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO À IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

4.1 EXERCÍCIO DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM: CONSENTIMENTO DA IMAGEM E A DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A nova perspectiva do direito à imagem do atleta profissional de futebol deve ser vista a partir da repersonalização do Direito Privado, conforme tratado no capítulo anterior. Pretende-se, assim, demonstrar neste ponto que poderá ocorrer o exercício desse direito à imagem a partir da disponibilidade relativa dos direitos de personalidade.

Como visto anteriormente, o direito à imagem mantém todas as características e qualidades já descritas para o conjunto dos direitos da personalidade, gênero do qual é espécie. Contudo diferencia-se daqueles, uma vez que o direito à imagem é dotado de certa disponibilidade por parte do seu titular.

O direito a imagem pode ser objeto de posse, propriedade, cessão, transmissão, bem como suscetível de avaliação em dinheiro.²¹⁸

É essa característica que irá permitir sua entrada no comércio jurídico. O uso da imagem humana na publicidade, nos meios de comunicação, na divulgação de produtos e serviços, somente é possível em função dessa disponibilidade. É essa parcial disponibilidade que permite que o titular do direito colha frutos econômicos usando seus traços fisionômicos, seu corpo.

Isso começou a ocorrer com o crescimento do uso publicitário da imagem, quando se verificou que disso poder-se-ia obter lucro. A exploração econômica ganhou ares de comércio, no entanto, para que tal uso seja lícito é necessário que as pessoas (atletas, artistas, modelos, etc.) autorizem não apenas a reprodução da sua imagem (exemplo o retrato), mas também a respectiva veiculação. Deste modo, caracteriza o direito à imagem numa concepção negativa dos direitos de

²¹⁸ CHAVES, Antônio. **Direitos conexos**: atualizados de acordo com a nova Lei de Direitos Autorais, n.º 9610, de fevereiro de 1988. São Paulo: LTR, 1999, p. 607.

personalidade²¹⁹, a qual visa impedir que terceiros, sem autorização da pessoa, registrem sua imagem ou a reproduzam, qualquer que seja o meio. Assim, a imagem física das pessoas, no caso do presente trabalho, do atleta (retrato, filme, desenho), é juridicamente protegida contra a exposição ou reprodução por outrem.

Nesse sentido, disponibilidade significa “a liberdade jurídica de exercer certos direitos de personalidade de forma ativa ou positiva, não apenas na forma negativa, como tradicionalmente se pensou.”²²⁰ Percebe-se que o exercício dos direitos de personalidade, em sua acepção positiva, está inserido na esfera de atuação privada da pessoa, não se identificando com o direito de privacidade enquanto espécie dos direitos de personalidade. Dessa forma, a incidência da autonomia privada sobre o direito à imagem implica o poder de disposição sobre tal direito.

Isso ocorre quando o titular do direito à imagem autoriza sua utilização. Tal permissão importa atos de relativa disposição do direito à imagem, logo, âmbito de incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade. Assim, é lícita a realização de negócios jurídicos que tenham como objeto a utilização da imagem de alguém, mesmo nos negócios jurídicos onerosos.

Aqui cabe destacar, portanto, que a lógica atual, presente na disponibilidade do direito à imagem do atleta profissional de futebol volta-se para o aspecto mercadológico da pessoa em si. Na verdade, os atletas, como as partes envolvidas neste contrato, visam prioritariamente o aspecto financeiro e os ganhos que esse contrato possa lhe trazer.

Deste modo, o contrato de imagem não tem o objetivo de valorizar a pessoa humana, pois segue esta lógica mercadológica. A imagem é direito da personalidade, que inequivocamente é objeto de negócio jurídico. Assim, o desfrute desse direito pode gerar resultado econômico. O importante é admitir a possibilidade de transmissão dos efeitos patrimoniais sem que isso leve à conclusão precipitada de descaracterização como direitos intransmissíveis e inalienáveis. O que não é possível é transmitir e alienar o direito em si, mesmo que gratuitamente, já que os direitos que decorrem da personalidade são inerentes a esta e, portanto, inseparáveis, da pessoa humana.

²¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 157.

²²⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 112.

Essa relativa disponibilidade do direito à imagem, conforme falado anteriormente, por muito tempo não era aceita pela maioria da doutrina, já que a regra do artigo 11 do Código Civil proíbe renúncia e limitações voluntárias, salvo as autorizadas em lei.

Mas alguns autores afirmam esta disponibilidade, sustentando que os direitos da personalidade são indisponíveis, mas podem ser objeto de limitações voluntárias, desde que não contrárias aos princípios fundantes da ordem pública.²²¹

Pode-se dizer também que os direitos da personalidade são em geral indisponíveis, já que são inalienáveis e irrenunciáveis, mas tais características não podem contrapor-se ao fato de que o titular pode, em certa medida, consentir com uma restrição, desde que por razões ponderadamente justificadas.²²²

Ao caracterizar os direitos de personalidade, deve-se tomá-los como extrapatrimoniais e intransmissíveis, admitindo sua disponibilidade em certos casos. Nesse sentido, a disponibilidade dos direitos de personalidade é admitida até mesmo para permitir a melhor fruição por parte de seu titular, desde que o direito não seja descaracterizado. Em função dessa disponibilidade tem-se o respectivo ingresso no comércio jurídico.²²³

Dessa forma, afirma-se que o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, não sendo transmissível nem renunciável, não sendo a titularidade do direito objeto de transmissão. Assim, a imagem não se separa do seu titular original, da mesma forma como a intimidade, a qual continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – e até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Desse modo, existe uma esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade.²²⁴

Portanto, os direitos de personalidade, em especial, o direito à imagem, pode ser exercido também na esfera da autonomia privada da pessoa, devendo ser considerado a existência de uma esfera de disponibilidade sobre estes direitos. Mas

²²¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. atual. 12. reimpr. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 88.

²²² PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63.

²²³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 47.

²²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 120-121.

em se tratando de atletas famosos (como também os atores e modelos), o atentado assume proporções maiores, em vista do alto poder atrativo de sua imagem, em face da pronta identificação com o seu público.

Considerar a existência de uma esfera de disponibilidade sobre os direitos da personalidade é tarefa que se impõe a todos os que pensam o Direito, ainda mais quando se almeja uma nova perspectiva do direito à imagem para o atleta profissional de futebol a partir da repersonalização do direito privado. Os fatos depõem contra a consideração de uma indisponibilidade absoluta dos direitos da personalidade. O que não pode ocorrer é ir contra o núcleo essencial desses direitos, consubstanciado na proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, há uma contradição na própria disponibilidade desse direito à imagem, na medida em que essa disponibilidade através do contrato de licença de uso da imagem não tem o objetivo de valorizar a pessoa humana, pois como já ressaltado anteriormente, segue esta lógica mercadológica. Mas, por outro lado, a dignidade existe para preservar a autonomia e a liberdade da pessoa. No entanto, como já ressaltado, a pessoa pode violar sua dignidade através da liberdade, ou seja, desse livre arbítrio sobre esse direito de disponibilidade da imagem.

Na verdade, nessa lógica do mercado que vincula esta disponibilidade, não há bem uma liberdade, pois na grande maioria das vezes, principalmente os atletas que não são famosos, ou aceitam assinar o contrato imposto pelo clube, ou não trabalham.

Dessa forma, a pessoa pode violar sua dignidade através dessa liberdade. Diante disso, esta disponibilidade não significa automaticamente promover a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, os direitos da personalidade devem ser considerados como essencialmente indisponíveis, mas que em determinadas situações podem ser legítimos atos de disposição que impliquem renúncia ou limitação, como no caso do atleta ceder sua imagem.

Um dos pontos mais polêmicos no estudo do direito à imagem é a questão do consentimento²²⁵. Isso porque o consentimento, que é um dos limites do direito à imagem, pode ser tácito ou expresso, e grande maioria dos ordenamentos jurídicos,

²²⁵ O consentimento do interessado, em geral, é matéria discutida no âmbito do direito penal. Assim, aplicaremos às relações privadas para um melhor esclarecimento sobre o tema.

inclusive o brasileiro, não especifica o tipo de consentimento a ser aceito nessa matéria.

Todavia, para o consentimento, exigem-se os mesmos pressupostos de validade do negócio jurídico²²⁶, ou seja, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do Código Civil). O artigo 432 do Código Civil admite ambas as formas de consentimento, desde que naturalmente o negócio não exija a forma expressa (artigo 107 do Código Civil).

Na verdade, “o consentimento é elemento essencial intrínseco e estrutural, verdadeiro suporte básico ou fundamental do negócio jurídico: volenti non fit injuria. O consentimento do lesado faz, em princípio, desaparecer o caráter ilícito do ato danoso.”²²⁷

Deste modo, havendo o consentimento, é possível a utilização da imagem; não havendo, ressalvadas raras exceções como nos casos em que a exibição faz-se essencial à administração da Justiça, à manutenção da ordem pública, interesse público e ao direito à informação, é vedado o seu uso.

No caso do interesse público a vida em comunidade impõe situações em que o coletivo se sobrepõe ao individual. Assim, o uso da imagem da pessoa pode ser feito sem qualquer restrição, limitação ou lesão, sempre que o interesse público esteja sobreposto. É o caso do direito à informação, também um direito constitucional,²²⁸ em que o público e o privado devem ser sopesados.

O consentimento expresso é aquele manifestado de forma escrita verbal, ou ainda por gestos ou sinais que revelam diretamente ao mundo exterior a intenção interna. Já a manifestação tácita é aquela que resulta de um comportamento do agente, traduzindo a exteriorização por uma dada atitude.²²⁹

²²⁶ “Negócio jurídico é toda declaração de vontade vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos em nível de igualdade.” SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 197.

²²⁷ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 197.

²²⁸ Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

²²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. , 18. ed., v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 308.

Importante ressaltar, nesse aspecto, a questão da interpretação. O Código Civil, nos artigos 112, 113 e 114, preleciona que nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem; os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; e os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Todavia, no caso do atleta profissional de futebol, principalmente o atleta que não é famoso, o seu consentimento geralmente já está condicionado. Ou seja, em decorrência da necessidade de trabalhar, não existe a liberdade de aceitar ou não o contrato de imagem que, na maioria das vezes, esta condicionada ao contrato de trabalho.

Dessa forma, ou o atleta aceita assinar o referido contrato, ou não trabalha. Isso ocorre com grande parte dos atletas profissionais de futebol no Brasil, os quais se encontram sempre com o seu consentimento vinculado a necessidade de trabalhar. Assim, se submetem, muitas vezes, ao que o clube empregador estipula.

Também não se pode deixar de comentar que o silêncio, segundo o artigo 111 do Código Civil, importa anuência, quando as circunstâncias e os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa.

São inúmeras as cautelas e preocupações na adoção do consentimento tácito, principalmente pela questão de sua prova²³⁰, mas também pelo fato de ser o “bem da imagem um bem jurídico, objeto de direito subjetivo, não há que se pressupor que o titular expresse consentimento tácito para sua utilização: a pressuposição que deve prevalecer é a do não consentimento”²³¹.

Assim, embora os preceitos legais prevejam a validade do consentimento tácito, acredita-se que a ausência do consentimento expresso e por escrito não faz com que se pressuponha a inexistência de consentimento, até que a parte comprove

²³⁰ Jacqueline Sarmiento Dias questiona a aceitação do consentimento tácito: diante da possibilidade de um consentimento tácito surge uma dúvida. Não seria muito mais arriscado a sua aceitação? Esse risco estaria baseado na dificuldade de provar o consentimento dado. Tanto De Cupis como Orozimbo Nonato recomendam cautela na admissão do consentimento tácito: “O direito à própria imagem pode constituir objeto de disposição prevalecendo o consentimento, a esse propósito nos limites em que é outorgado (...). Deve haver uma máxima cautela ao admitir o consentimento tácito para a difusão da imagem. É certo falar a lei, irrestringidamente, em consentimento, não se achando, pois, excluído o consentimento tácito. Mas em se tratando de matéria to delicada, a *interpretatio voluntatis* deve ser conduzida com cautela.” DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 125.

²³¹ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 199.

a existência de um consentimento tácito ou mesmo expresso, porém verbal, o que deverá ser analisado com rigor de cada situação.

Outro ponto importante a ser citado é a previsão de indenização no artigo 5º inciso V da Constituição Federal, a qual afasta qualquer possibilidade de presunção de autorização para o uso da imagem. A regra é a violação, sendo que a permissão concedida, sua exceção. Isto é, todas as vezes que a imagem da pessoa for utilizada sem sua autorização, pressupõe uma lesão a um dos atributos centrais de sua personalidade.

Assim, a licença para utilizar a imagem, qualquer que seja o fim, é elemento essencial e necessário para afastar a lesão. É apenas a autorização expressa que faz cessar qualquer direito à indenização prevista no texto constitucional.

Esse direito a indenização já está assentado na jurisprudência, fixando-se a indenização em consonância com a notoriedade da pessoa e as conseqüências do uso ilícito,²³² bem como baseado na verba publicitária²³³. Mas em se tratando de atletas famosos (como também os atores e modelos), o atentado assume proporções maiores, em vista do alto poder atrativo de sua imagem, em face da pronta identificação com o seu público.

Um exemplo de pedido de indenização que pode ser citado e que não obteve a licença para utilizar sua imagem, causando grandes comentários pela mídia, é o caso do atleta Ronaldo Nazário de Lima²³⁴, que depois de brigar nove anos na Justiça, a família e os empresários do jogador não conseguiram receber indenização por danos morais pela publicação da obra *Carrasco de Goleiros – Um Fenômeno Chamado Ronaldinho*. O livro traz informações sobre a vida e a trajetória profissional dele.

²³² Dentre outros, em RT 519/83 e 550/190. BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 101.

²³³ Em RT 110/52 e 161/632). Carlos Alberto Bittar afirma que “de maior alcance deve a indenização quanto a artistas e a modelos (inclusive Desportistas), e políticos, eis que a vinculação a um produto deve privá-los de outros usos (desgaste de imagem), a par do atentado a seu direito pessoal, representando, pois, a perda de contratos outros, artísticos e publicitários (lucros cessantes), comuns em sua profissão. Deve-se, assim, na fixação da indenização, optar por valores que, a par da satisfação do interesse patrimonial do titular, sancionem a violação ao aspecto pessoal, buscando-se, pois, adicionar à verba usual do mercado o plus correspondente à lesão à personalidade, e em níveis desincentivadores da prática, como medida de plena satisfação ao interesse do lesado, e em perfeita consonância com a teoria da responsabilidade civil.” BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 101.

²³⁴ Informação digital: Disponível em: <http://www.conjur.com.br>

O pedido de indenização foi negado pelo juiz Paulo Cícero Augusto Pereira, da 5ª Vara Cível de Ribeirão Preto (SP), sustentando que o livro é apenas uma coletânea de entrevistas dadas pelo próprio jogador, não identificando qualquer situação vexatória ou de constrangimento, nem mesmo invasão de privacidade. A ação foi ajuizada em 1998 por Sônia Barata Nazário de Lima, Nélio Nazário de Lima, Alexandre da Silva Martins e Reinaldo Menezes da Rocha Pitta, respectivamente os pais e empresários do jogador. Os empresários contestavam o direito de imagem de Ronaldo e os pais alegavam invasão de privacidade. Segundo eles, os fatos relatados na obra não eram verdadeiros. Por esse motivo queriam receber R\$ 160 mil de indenização por danos morais, o que representa o valor da primeira edição de dez mil exemplares do livro postos à venda. Foram réus no processo a editora Palavra Mágica, responsável pela edição do livro, seu diretor responsável na época, Galeno Amorim Júnior, e os autores do livro, Luiz Puntel, Luiz Carlos Ramos e o jornalista Brás Henrique. A ação, no entanto, prosseguiu somente contra a editora e contra um dos autores.

Ao analisar o pedido, o juiz entendeu que os empresários do jogador não tinham legitimidade para propor a ação, já que os direitos de imagem do jogador pertencem à empresa Gortim Corporation, pessoa jurídica que teria legitimidade para contestar a obra.

Em relação ao pedido dos pais, o juiz Augusto Pereira decidiu que não houve qualquer dano capaz de gerar indenização por dano moral. Ele concluiu que a obra tem caráter informativo, já que escrito por vários escritores e jornalistas que armazenaram e colheram informações durante muito tempo acerca da vida profissional, não acarreta, assim, qualquer prejuízo a quem quer que seja e ao direito de imagem. Ressaltou também que a documentação apresentada ao processo pela defesa retrata a realidade dos fatos narrados, sem esquecer que os dois primeiros co-autores (pais do atleta) apenas figuram de maneira secundária para constituir a história de Ronaldo.

Na época tentaram impedir a venda dos livros, mas o pedido foi afastado pelo juiz da causa e o processo julgado extinto.

Neste caso não houve o consentimento livre do atleta como pressuposto para o ato de disposição sobre o direito à imagem. No entanto, não foi assim que o juiz entendeu ao analisar o pedido.

Também cabe ressaltar o consentimento presumido²³⁵, que é quando, por exemplo, um cidadão comparece em público em companhia de um personagem célebre. Assim, sofre pela notoriedade dessa pessoa célebre uma limitação do seu direito à imagem, sendo que, aquele conhecedor dessa popularidade deva aceitar as conseqüências que possa decorrer dessa pessoa. Portanto, o ato de posar junto com esta pessoa ou personagem célebre faz nascer a presunção do consentimento.

Outro exemplo que se pode imaginar a presunção de consentimento é quando a retratação ou filmagem para fins jornalísticos é realizada por convite ou solicitação, ou ainda quando permite a entrada desses profissionais por meio de credenciamento em determinados eventos e também nas entrevistas concedidas e participações em programas de televisão.

Para muitos autores, para que ocorra a divulgação da imagem das pessoas é necessário o consentimento expresso, assim, “os direitos de personalidade que permitem cessão, por sua natureza, não podem ser cedidos senão expressamente. É o que se consagra entre nós na Lei de Direito do Autor (9.610/1998)”.²³⁶ O artigo 4º determina que sejam interpretados restritivamente os negócios jurídicos, enquanto que os artigos 49 inciso II e 50 obrigam que seja estipulada por escrito a cessão de direitos.

Já com relação à extensão do consentimento²³⁷, a permissão para uso deve ser interpretada de maneira estrita e restritiva. O uso da imagem pactuado deve limitar-se estritamente à vontade expressa, a seus fins e as condições previamente estipuladas. Todas as outras demais possibilidades de utilização desse direito, não previstas expressamente, permanecem sob domínio do titular. É o exemplo do atleta que abandona a profissão por invalidez em virtude de um acidente, não podendo mais jogar, ou do atleta que se torna obeso. É uma situação na qual o indivíduo pode querer impedir que sua imagem anterior continue sendo veiculada. Apenas esse desejo é suficiente para a revogação da autorização antes concedida.

²³⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 89.

²³⁶ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 198.

²³⁷ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 56.

Deste modo, qualquer mudança, seja física ou de estado, pode justificar a cassação da licença anteriormente dada, pois a imagem está inseparavelmente ligada ao ser e à sua vontade.

Cabe ser salientado que “o consentimento é eficaz apenas em relação à pessoa ou pessoas a quem foi dado; quanto a todas as outras o *jus imaginis* continua inalterável, subsistindo o poder de consentir ou recusar a exposição.”²³⁸

Portanto, o titular da imagem tem a faculdade de escolher as ocasiões e os modos pelos quais vai aparecer em público. Isso implica dizer que, caso haja no contrato a previsão da utilização da imagem do atleta para anúncio de um determinado produto em certa revista, esta não poderá ser utilizada em outdoors ou jornais. Conclui-se que são ilícitos não só os usos não consentidos, como também os que extrapolem os limites previstos no contrato.²³⁹

Também constitui ilícito, passível de indenização (artigo 5º inciso V da Constituição Federal), a ultrapassagem dos limites contratuais, quando ocorre o uso da imagem para fins diversos daquele ajustado previamente.²⁴⁰ O ilícito prescinde a finalidade econômica, não sendo necessário que haja o lucro para haver a lesão, o ilícito. A simples utilização, mesmo que os fins sejam sem valor econômico, constitui ato ilícito. Como é elemento inerente e constitutivo da personalidade do indivíduo, é direito absoluto, e apenas ele pode determinar como, e se, sua imagem será utilizada.

O aspecto econômico do uso ilícito deve ser relevante para a aferição e fixação do montante da indenização devida. As circunstâncias do uso, as características da pessoa lesada, o poder econômico daquele que comete o ilícito, a existência de má-fé irão determinar os parâmetros de mensuração da reparação pecuniária.

²³⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 135.

²³⁹ Alcides Leopoldo e Silva Júnior traz em sua obra exemplos de utilização da imagem além dos limites estabelecidos. Um deles é um processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenou uma editora em função desta não ter atendido a solicitação do entrevistado de não ser divulgado seu estado físico, já que tivera suas duas pernas amputadas e para que as fotografias fossem tiradas da cintura pra cima: “Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus à indenização por danos morais e por ofensa à imagem.”. TJRJ, Ap 5.216/91, 5º C.Cív., Rel. Dês. Sérgio Mariano, 24.03.1992; RT, São Paulo, v. 700, p. 144, fev. 1994. In: SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e seu direito de imagem**: políticos, artistas, modelos, personagens históricos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

²⁴⁰ Também é possível imaginar casos de usurpação da imagem, quando alguém utiliza a imagem de outrem como se sua fosse.

O direito de imagem não faz qualquer distinção quanto a qualidade da pessoa. Mesmo aquelas famosas e conhecidas de grande público têm o direito ao respeito de seus atributos físicos. No caso dos atletas famosos suas qualidades pessoais podem agravar a lesão quando da utilização indevida de sua imagem. O dano poderá ser maior quanto mais conhecido for a pessoa, uma vez que sua importância social e o valor econômico de sua efígie são maiores que o cidadão comum.

A licença para uso da imagem deve ser por prazo determinado, uma vez que é a expressão da vontade da pessoa, e essa vontade deve ser avaliada e repactuada periodicamente. Pode até ser exclusiva, em que o licenciante requer somente para si a utilização da imagem do outro, com a exclusão de qualquer outro, mas esse uso sempre limitado no tempo. A própria natureza do direito exclui a possibilidade de contratação por tempo indefinido, ou para sempre. A imagem de alguém diz respeito à própria característica de seu ser, qualidade distintiva fundamental que não lhe pode ser subtraída.

Também é importante deixar clara a diferença entre a autorização para retratar uma pessoa e a autorização para a divulgação dessa imagem. A primeira ocorre com frequência quando se contrata um fotógrafo ou mesmo quando um amador retrata pessoas em festas familiares, eventos. A segunda é quando o fotógrafo pretende divulgar, tornar públicas essas imagens captadas, aí é necessária a autorização diversa daquela que recebera para realizar o retrato.²⁴¹

Na Espanha o consentimento tem que ser expresso e a licença será revogável a qualquer momento. Porém, isso não advém de construção doutrinária ou jurisprudencial, mas sim dos artigos 2.2 e 2.3 da Ley Orgánica 1/1982, “que disciplina a Protección Civil Del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propria Imagen”²⁴² ²⁴³. Já os Códigos Civis Italianos²⁴⁴ e português²⁴⁵ exigem o consentimento, porém não necessariamente expressos para o uso da imagem.

²⁴¹ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 55.

²⁴² “2.2 No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima em el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. 2.3 El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse em su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.”

²⁴³ SAAVEDR, Luciano Cordero. **El Deportista Profesional (Aspectos Laborales e Fiscales)**. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 140-141: “Resaltemos que la disposición legal es contundente com lãs

O caráter personalista desse direito possibilita que essa licença de uso possa ser revogada a qualquer momento, independentemente de ter sido cumprido total ou parcialmente o contrato, sem prejuízo de que esta revogação implique em indenização por perdas e danos ou mesmo em multa caso esteja prevista contratualmente. Dessa forma, torna-se necessário analisar o contrato de licença de uso de imagem.

O importante é ressaltar que o consentimento é expressão de autonomia privada, e quando estiver relacionado com algum ato de disposição sobre bens ligados à personalidade, deve estar funcionalizado aos interesses existenciais e, dessa forma, é também considerado como fator de ponderação para que se admita ou não o ato restritivo diante do caso concreto.

Assim, o consentimento do titular pode legitimar ato restritivo dos direitos fundamentais da personalidade, desde que, no caso concreto, se verifique que o ato dispositivo não atinge o núcleo essencial da dignidade e resulte em alguma finalidade ao interessado, denotando aí apenas a esfera de exercício positivo do direito que reflete o direito a autodeterminação pessoal decorrente da própria dignidade.

Nesse sentido, não se pode deixar de fazer referência acerca da dupla dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana: a negativa e a prestacional. Isso significa dizer que a dignidade se manifesta simultaneamente como a expressão da autonomia da pessoa, ou seja, o direito de autodeterminação que cada pessoa tem para tomar decisões que digam com a sua própria existência, bem como a necessidade de o Estado prestar assistência, protegendo-a.

palabras que utiliza, quedando-se erradicado el consentimiento tácito. Además, debe ser explícito, para los actos que se permita la utilización, evitándose de esta forma las fórmulas vagas que conduzcan a aplicaciones discrecionales no queridas”.

²⁴⁴ “Art. 10. Abuso dell’immagine altrui

Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del cónyuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o allá reputazione della persona stessa o dei detti congiunti. L’autorità giudiziaria, su richiesta dell’interessato, può disporre che cessi l’abuso, salvo il risarcimento dei danni.”

²⁴⁵ “Art. 79 (Direito à imagem)

1. o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela.; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete as pessoas designadas no n.º 2 do art. 71, segundo a ordem nele indicada.

2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se de facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.”

Trata-se da própria dignidade impondo dever de proteção e de assistência, principalmente quando a capacidade de autodeterminação encontra-se restringida, situação em que, mesmo assim, resta o direito de ser tratado com dignidade.²⁴⁶

No entanto, como já ressaltado, o exercício do direito à própria imagem do atleta profissional de futebol possui uma disponibilidade relativa, a qual deve sempre estar atrelada ao ato voluntário, consciente, de acordo com a autonomia da pessoa. Mas, não se pode esquecer, que é através dessa autonomia e da liberdade que o indivíduo pode violar sua dignidade. Isso em decorrência de que, essa disponibilidade relativa não tem o objetivo de valorizar a dignidade da pessoa humana, pois segue uma lógica mercadológica.

Assim, o titular tem o direito de dispor do seu direito de imagem desde que respeite certos limites, bem como que o seu direito de autodeterminação tenha sempre o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante, a qual serve de alicerce para à ordem jurídica democrática. No entanto, esse mesmo princípio que deve ser considerado como valor fundante, pode ser violado a qualquer momento através desse mesmo direito de autodeterminação.

4.2 O CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

Como já exposto, em função da possibilidade de disponibilidade das imagens, especificamente as imagens dos desportistas, entende-se que elas são comercializadas juridicamente tanto pela vontade do titular, como pela necessidade intrínseca de sua própria condição, do interesse comercial e da expansão tecnológica.

Mas para a circulação da imagem deve-se partir do pressuposto fundamental de que qualquer utilização pública é necessária a autorização expressa do titular,

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30-33.

por via de contratos adequados, para que previamente possa eleger os modos pelos quais aparecerá perante o público.²⁴⁷

Assim, devem estar presentes os dois requisitos básicos e de sua importância para a circulação da imagem: a autorização expressa do titular e o contrato com certas especificidades.

Todavia, como o titular possui o direito de dispor de sua própria imagem, como já comprovamos, poderia através do contrato de licença de uso de imagem fazer de sua imagem o que lhe aprouver, ou limita-se o seu poder discricionário àquilo que a norma preceitua?

Conforme se desenvolveu no decorrer do presente trabalho, o atleta profissional de futebol através do seu próprio poder de autodeterminação pode escolher o que é melhor para si. Todavia, isso se torna muito distante na medida em que os atletas que não são famosos ficam vinculados a essa lógica mercadológica que vincula o mercado para empregar-se.

Assim, não existe esta ampla liberdade de acordo com o direito de autodeterminação, pois ao serem contratados pelos clubes, assinam paralelamente ao contrato de trabalho um contrato de licença de uso de imagem imposto pelo clube empregador. Portanto, o seu poder discricionário fica limitado, pois caso o atleta não aceite assinar o contrato de imagem, fica sem emprego.

Com certeza, não apenas o atleta, mas qualquer pessoa deve limitar sua conduta de acordo com o disposto pelos preceitos constitucionais. Ou seja, deve ter como parâmetro para suas ações o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio guia em que a pessoa não pode ser tida simplesmente enquanto um universal racional, mas sim ser vista como um particular concreto.

Mas quando se trata de atletas menos famosos e que esta em discussão o direito à imagem, essa disponibilidade não segue a valorização da pessoa humana, e sim um aspecto capitalista. Com certeza, ampla é a faculdade de dispor reservada à ação exclusiva do sujeito, mas que se encontra conectado com o mercado.

Os clubes de futebol hoje têm interesses, vínculos comerciais e compromissos que vão muito além da atividade esportiva. A marca dos grandes clubes, suas cores e símbolos são muito valorizadas transformando os clubes em

²⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 50.

importantes agentes econômicos. Os clubes são patrocinados por grandes empresas dos mais variados segmentos – empresas automobilísticas, de eletrodoméstico, telefonia, etc. – com as quais tem assinado contratos milionários.

Assim, ha uma tendência dos clubes de associar a imagem dos seus atletas, fonte de seu prestígio perante os torcedores, às empresas que os patrocinam, isto é, converter a imagem de seus atletas em um negócio rentável. Nesse sentido, pode ser citado, como exemplo, a contratação de Ronaldo Nazário de Lima pelo Corinthians.

Cabe frisar que jogador profissional de futebol é aquele indivíduo contratado por uma agremiação desportiva para jogar futebol. Estão envolvidas nessa contratação todas as atividades ligadas a prática do esporte, inclusive a imagem do atleta dentro do campo, exercendo a profissão. Contudo, fora do campo, fora do exercício profissional, sua imagem pessoal, não está inserida nas obrigações de seu contrato de trabalho.

Assim, é plenamente plausível e lícita a contratação da representação pessoal do atleta por seu clube para associá-la, por exemplo, aos produtos e serviços dos patrocinadores destes. Ou também, a contratação para qualquer outra propaganda publicitária.

Estes contratos são contratos de licença de uso de imagem e tendo em vista a natureza do direito personalíssimo envolvido, deve ter características específicas, as quais deverão ser interpretadas de maneira restritiva. Assim, como no caso de qualquer outro indivíduo, no caso do atleta sua cessão deve limitar claramente as condições e situações em que será usada essa imagem. As cláusulas gerais, que não estabeleçam qualquer limite de utilização da imagem, sem qualquer condição ou restrição, são claramente nulas. Aqui o uso da imagem se rege pelas regras gerais e se subordina à vontade expressa de seu titular.

Da mesma forma, essa licença deve prever seu tempo de duração, devido à característica de intransmissibilidade desse direito, deve-se atentar que apenas será válida a cláusula que importe o uso determinado e temporário da imagem. Ainda com relação ao prazo, especialmente com relação aos atletas que possuem procuradores ou contratos específicos com seus agentes desportivos, deve ser levada em consideração, antes da assinatura de qualquer contrato pelos seus representantes que importe em uso de sua imagem, que a Lei n.º 10.672/2003 trouxe algumas novidades nesse sentido.

Referida Lei alterou diversos dispositivos da Lei n.º 9.165/1998, conhecida por Lei Pelé, e acrescentou o § 7º ao artigo 28, que dispõe que “ é vedada a outorga de poderes mediante instrumento procuratório público ou particular relacionados a vínculo desportivo e uso de imagem de atletas profissionais em prazo superior a um ano.”

Assim, o atleta profissional apenas poderá outorgar poderes, via instrumento procuratório, para que terceiros negociem em seu nome sua imagem pelo prazo de um ano, não havendo óbice a sua renovação por outro instrumento ao término de cada período. Tal norma teve como justificativa os recentes problemas envolvendo atletas e procuradores, sendo estes últimos constantemente acusados de abusar da vulnerabilidade dos atletas.²⁴⁸

O contrato adequado para dispor da imagem do atleta é o de licença de uso de imagem. Embora não seja um contrato típico, a doutrina e a jurisprudência têm se manifestado sobre certos requisitos indispensáveis para a sua validade.

Os contratos devem “especificar a finalidade, as condições do uso, o tempo, o prazo e demais circunstâncias que compõem o conteúdo do negócio, interpretando-se restritivamente.” Acrescenta ainda que “não podem esses contratos – quando de exclusividade – importar em cerceamento da liberdade da pessoa ou sacrifício longo de sua personalidade, sendo considerada nula, como cláusula potestativa, a avença que assim dispuser.”²⁴⁹

O caráter personalista desse direito possibilita que essa licença de uso possa ser revogada a qualquer momento, independentemente de ter sido cumprido total ou parcialmente o contrato, sem prejuízo de que esta revogação implique em indenização por perdas e danos.

Dentro da questão contratual, não se pode deixar e mencionar a errônea e corriqueira utilização pela mídia e demais profissionais envolvidos na área da expressão “cessão de direito de imagem”. Para Paul Roubier na “licença ocorre

²⁴⁸ Segundo as palavras de Álvaro Melo Filho “a rigor, o que o dispositivo elide é a possibilidade de que atletas profissionais se tornem ‘escravos’ ou ‘prisioneiros’ de procurações outorgadas a ‘empresários’ que, na prática, com o fim do ‘passe’, assumiram a posse de atletas pela via de procurações, com cláusula de irrevogabilidade e por tempo indeterminado. Lembra-se, por oportuno, que nos termos do artigo 683 do novo Código Civil, mesmo com a cláusula de irrevogabilidade, o outorgante ou mandante da procuração pode revogá-la, porém, neste caso, obriga-se a pagar as perdas e danos comprovadas.” MELO FILHO, Álvaro. **Direito desportivo: novos rumos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 74.

²⁴⁹ Exemplo: um contrato em que o titular se despojasse definitivamente de um direito dessa ordem. BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 50.

simplesmente a concessão do exercício do direito da exploração, enquanto direito propriamente dito permanece nas mãos de seu titular, que não pretendeu dispor do mesmo”. Explica ainda que “na cessão ocorre o abandono, em todo ou em parte, do direito privativo.”²⁵⁰

Portanto, na licença existe a simples concessão do exercício do direito e dela resulta que o titular do registro conserva para si, em princípio, o direito de exploração.

Também tem sido utilizada a expressão “contrato de imagem”. Também é equivocada essa forma de se referir, tendo em vista que a imagem não é o objeto do contrato e sim a licença de seu uso.

4.2.1 O Contrato de Licença de Uso de Imagem do Atleta Celebrado com seu Empregador – Inter-Relação entre Imagem e Atividade Laboral

Esta em discussão, hoje em dia, no Brasil e também em alguns países da Europa, o contrato de utilização da imagem celebrado com o atleta pelo seu próprio empregador e a relação desse contrato com o de trabalho. Na maioria das vezes, ao serem contratados pelos clubes, assinam paralelamente ao contrato de trabalho um contrato de “licença de uso de imagem”.

É essa vinculação do contrato de trabalho ao contrato de licença de uso de imagem que vincula essa disponibilidade do atleta, pois fica claro que não existe essa liberdade nessa relação entre o atleta e o clube empregador.

E, como já referido, ainda mais quando se trata de atletas que necessitam do emprego em decorrência da necessidade e da realidade que se encontra o mundo do futebol. Isso tudo aliado às péssimas condições para o exercício da atividade futebolística e a grande competitividade que existe.

Assim, se deve ter em mente que este contrato de licença de uso de imagem do atleta celebrado com seu clube empregador não tem o objetivo de valorizar a dignidade da pessoa humana, pois segue essa necessidade capitalista e

²⁵⁰ *Le Droit de la Propriété Industrielle*, 1952, p. 143 (tradução livre) apud AMBIEL, Carlos Eduardo; SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy dos. Relação entre contrato de trabalho e contrato de licença de uso de imagem. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, n. 1, 2002.

mercadológica em vive o atleta profissional. Deste modo, em virtude da realidade que vive a grande maioria dos atletas são obrigados a aceitar o contrato.

Inicialmente, é necessário fazer uma breve introdução de como surgiu essa avença, para depois tecer-se alguns comentários sobre os dois contratos, para logo a seguir tratar dos pontos polêmicos.

Não se pode deixar de ressaltar, que sem dúvida alguma, o fato de utilizar-se a imagem do atleta surgiu não só do grande avanço tecnológico experimentado nessa “era da informação” e do interesse comercial, como também da questão do tratamento fiscal da renda dos atletas.

Ao falar da imagem individual do atleta é imperioso observar que, hoje em dia, é muito comum, principalmente no futebol, que as entidades de práticas desportivas celebrem com seus jogadores, além do contrato de trabalho padrão, um contrato de licença de uso de imagem.

Esse contrato firmado com o atleta tem por intuito utilizar a sua imagem fora da jornada de trabalho, extracampo, de forma diferente que é utilizada no âmbito da relação empregatícia, implícita a sua profissão. Isso porque a profissão de atleta possui característica especial no qual se pressupõe a difusão de sua imagem durante sua atividade laboral.²⁵¹ A imagem do atleta seria então utilizada para, como por exemplo, angariar associados e patrocinadores, vender camisas e acessórios da equipe, etc, como já falado anteriormente, no caso de Ronaldo contrato pelo Corinthians.²⁵²

Já o contrato de trabalho tem natureza de relação de emprego, ligado à existência dos requisitos do artigo 3º da CLT²⁵³ e demais normas legais específicas.

²⁵¹ SAAVEDRA, Luciano Cordero. **El Deportista Profesional (Aspectos Laborales e Fiscales)**. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 145/146.

²⁵² SAAVEDRA, Luciano Cordero. **El Deportista Profesional (Aspectos Laborales e Fiscales)**. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 146. “El deportista profesional, cuando termina su jornada laboral y se enfrenta al mundo cotidiano, aprovecha su popularidad para lucir prendas deportivas de marcas determinadas, contribuyendo a la atracción de una sociedad que se encuentra deseosa de seguir el mensaje que se dirigen sus ‘ídolos’. Hay, en suma, una multitud de aspectos que se nos muestran a la realidad y que en el fondo deriva de todo un cúmulo de compromisos contractuales. Vínculos que, como podemos detectar, pueden producirse entre el trabajador y el empresario, o con terceros, pero que en todos los casos representan contratos de cesión de derechos de imagen. La relación jurídica creada por lá cesión puede ser complementaria de la relación laboral, gozando de la misma naturaleza jurídica, o puede ser ajena a ella, si constituyen contratos autónomos realizados con terceros”.

²⁵³ AMBIEL, Carlos Eduardo; SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy. Relação entre contrato de trabalho e contrato de licença de uso de imagem. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, n. 1, p. 52, 2002.

A Lei Pelé, Lei n.º 9.615/98, retirou da Justiça Desportiva qualquer poder para decidir as questões relativas à relação de emprego dos atletas, fixando que é a Justiça do Trabalho competente para decidir essas questões.

Essa evolução, no tocante à imagem, fez nascer fenômenos interessantes e dignos de registro. A discussão sobre o caráter e a natureza dessa contratação se fixou em duas posições antagônicas. De um lado os autores²⁵⁴ que defendem os clubes, os quais são unânimes em afirmar que o “contrato de licença de uso de imagem” é assinado entre duas pessoas jurídicas de direito privado, tem natureza civil, sem qualquer implicação no contrato de trabalho, devendo ser analisado pela Justiça Estadual Civil e não pela Justiça do Trabalho. De outro lado, aqueles²⁵⁵ que defendem o atleta de futebol, os quais afirmam que tais contratos não passam de mera fraude ao contrato de trabalho, devendo, com base no artigo 9º da CLT²⁵⁶, ser declarados nulos e seus valores agregados à remuneração dos desportistas, expandindo seus reflexos sobre todas as outras verbas trabalhistas.

Deve ser ressaltado que o Direito do Trabalho deve se mover pelo princípio da primazia da realidade²⁵⁷, cabendo examinar os procedimentos e as condições com que foram os contratos celebrados e mais, se efetivamente, na realidade, estão sendo cumpridos. Na matéria em questão, essa regra também deve vigorar com toda a sua força. As opiniões antagônicas, que dizem que o “contrato de licença de uso de imagem” sempre é lícito e tem natureza civil, ou que sempre é fraudulento, devendo ser incorporado ao contrato de trabalho, não estão necessariamente corretas. Ambas erguem-se sobre opiniões previamente concebidas, descolando-se da verdadeira análise da realidade de cada caso.

Portanto, deve ser analisado no momento concreto de sua utilização, devendo a licitude ou a fraude ser analisadas em cada situação. Além do mais, existem algumas imagens que podem ser exploradas pelo clube empregador somente com a assinatura do contrato de trabalho, pela natureza específica dessa profissão. A

²⁵⁴ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, e AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003.

²⁵⁵ EZBELLA, Felipe Legrazie. **O direito desportivo e a imagem do atleta**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. e DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

²⁵⁶ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

²⁵⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993., p. 217: “O princípio da primazia realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que se sucede no terreno dos fatos”.

exploração da imagem fora da jornada de trabalho, depende da existência de um contrato de licença de uso de imagem que especifique a forma em que esta será utilizada.

Um ponto fundamental a ser ressaltado, é de que os clubes na tentativa de reduzir seus custos²⁵⁸, adotaram como solução o instituto da licença de uso de imagem dos jogadores. Tentando reduzir os gastos, começou-se a utilizar esse tipo de contrato de imagem. Assim, no momento da contratação os jogadores passaram a assinar outro documento, “contrato de licença de uso de imagem”, quase como um acessório do contrato de trabalho. Sua finalidade essencial, desde que começou a ser utilizado, foi a de dividir a remuneração do jogador em duas partes, que, supostamente, teriam naturezas distintas.

Dessa forma, passaram a conviver, lado a lado, o contrato de trabalho, com sua natureza salarial, e o contrato de licença de uso de imagem, cuja natureza supostamente seria civil. O primeiro entre o clube e o atleta, em que este recebe uma pequena parte da remuneração, e sobre os quase recaem todos os encargos trabalhistas e fiscais. O segundo assinado geralmente entre a agremiação e uma pessoa jurídica especialmente aberta para esse fim, cujos pagamentos são isentos de tributos e reflexos trabalhistas, lançados apenas como despesas.

Esses pontos polêmicos merecem destaque para uma melhor compreensão do tema.

A primeira polêmica que será discutida é se o contrato de licença de uso de imagem caracteriza uma evasão (irregularidade, infração às leis, fraude, sonegação) ou uma elisão (planejamento tributário lícito com o intuito de evitar e reduzir encargos) fiscal. Ou, ainda, se os pagamentos efetuados como parcela do direito de imagem seriam um salário “mascarado”.

Isso porque os atletas costumam transferir o direito à exploração de sua imagem para uma pessoa jurídica, normalmente aberta só com essa finalidade e tendo como sócio majoritário, com 99% das quotas, o próprio atleta, e com esta empresa o clube empregador acaba por celebrar o contrato de licença do uso de imagem²⁵⁹.

²⁵⁸ Os clubes assistiram a extinção do “Passe” pela Lei n.º 9.615/98, a “Lei Pelé”, retirando das entidades uma poderosa fonte de renda.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Gustavo Cecílio Vieira de. O direito de imagem na relação de emprego desportiva. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, n.1. p. 54, 2002: ‘A primeira questão que surge desta operação é a sua classificação como evasão ou elisão fiscal. No primeiro caso, tratar-se-

A questão polêmica aqui é que, em cima do valor pactuado no contrato de trabalho, o empregador e o atleta têm diversos encargos a cumprir. Já com relação a esse contrato relativamente simples para o atleta receber valores a título de direito de imagem, ambos têm sensivelmente reduzidos os encargos trabalhistas e fiscais, razão pela qual passa a ser um atrativo deixar de pagar determinado valor em carteira para o atleta para pagar a título de licença de uso de imagem.

Por essa razão, começou a considerar o contrato de licença de uso de imagem uma fraude ao contrato de trabalho. Por mais que algumas vezes esse contrato possa mesmo ser considerado evasão fiscal, não se pode partir do pressuposto de que sempre que haja dois contratos, um de trabalho e outro de licença de uso de imagem, configurar-se-á uma ilegalidade.

Também na França há a mesma questão. O atleta acaba sendo sócio majoritário de uma empresa criada para gerir a sua imagem, licenciando esse direito ao clube ou então a uma outra empresa constituída pelo clube para gerir a imagem de todos seus atletas. Da mesma forma que aqui, a jurisprudência tem entendido em alguns casos que esses valores pagos a título de licença de uso de imagem devem ser re-qualificados como se salários fossem.

Voltando ao exemplo brasileiro, parece totalmente equivocada a generalização de que as verbas pagas a título de uso da imagem constituem evasão fiscal ou mesmo fraude ao contrato de trabalho, devendo ser analisado cada caso concreto, o que foi pactuado e as diversas situações e hipóteses existentes que incidiram quando da celebração do contrato.

O que se pode afirmar é que toda vez que ocorre a celebração do contrato de licença de uso de imagem, a disponibilidade do direito a imagem do atleta volta-se para o aspecto mercadológico, centrado apenas no aspecto econômico e não para a valorização da pessoa em si.

Isso fica ainda mais claro por parte do clube empregador quando afirmam que é plenamente lícita a utilização desses contratos para reduzir encargos, assim, “o contrato de cessão do direito de uso da imagem, é geralmente firmado entre o clube

ia de irregularidade, de uma manobra jurídica cujo objetivo é infringir as leis fiscais normalmente operacionalizada após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Já no segundo caso, reconhecer-se-ia a legitimidade da operação, encarando-a como um planejamento fiscal aceito pela lei, o que é facilmente verificável quando a estratégia se dá antes da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Mas a questão não pertence apenas ao ramo tributário do direito”.

e uma empresa constituída pelo jogador com o *animus* de, licitamente, reduzir encargos sociais e tributários usando interposta pessoa jurídica.^{260 261 262}

Isso porque, como já se disse, existem duas situações distintas para o atleta. Uma quando está exercendo seus deveres laborais, dentro da jornada de trabalho; outra extracampo, fora da jornada de trabalho.

Partindo desse pressuposto, estar-se-ia regulando o uso de imagens de atletas fora do contexto da partida. Por isso que se vê “Ronaldinhos” protagonizando comerciais de empresas de material esportivo, de telefonia, de iogurtes; “Guga” em campanhas de refrigerante, sandálias; e muitos outros.

Inclusive os § 3º ao 7º do art. 40 do Decreto nº 2.574, de 29 de abril de 1998, que regulamentou a “Lei Pelé” (posteriormente revogado pelo Decreto nº 5.000, de 1º de março de 2004), já protegiam a imagem do atleta e separavam o contrato de licença de uso de imagem do contrato de trabalho.^{263 264}

²⁶⁰ FILHO, Álvaro Meio. **Novo regime jurídico do desporto**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 125.

²⁶¹ No mesmo sentido: SANTORO. Luiz Felipe Guimarães. Afinal, para que servem os contratos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, n. 2, p. 96. 2002: “Em nossa opinião é equivocada a generalização de que tais verbas integram o salário do atleta, devendo ser analisado cada caso específico. com base nos termos do contrato celebrado e com base na forma de sua execução. Em que pese a existência de opiniões contrárias, defendemos a idéia de que tais contratos são independentes. sendo perfeitamente legal a celebração do contrato de licença de uso de imagem (que não se confunde com o contrato de trabalho), desde que a conclusão e execução do contrato observem determinadas precauções”.

²⁶² Domingos Sávio Zainaghi complementa: “A cessão do direito de imagem só existe em virtude da profissão de atleta, isto é, os clubes celebram com o jogador (uma pessoa jurídica por este constituída) um contrato pelo qual irão trabalhar’ a imagem do atleta, ou seja, vão divulgá-la, inclusive ligando-a à venda de produtos. Ora, se o referido contrato é celebrado entre clube e atleta em virtude a relação de trabalho, parece- nos evidente a fraude e conseqüente nulidade de tais pactos. 1.. .J Não estamos a defender que o direito à imagem é indisponível por completo. Poderá o seu detentor dispor parcialmente do mesmo, seja a título gratuito ou oneroso. Insistimos que o que é vedado pelo direito do trabalho é a utilização de contratos de cessão de imagem. para desvirtuar a aplicação da legislação laboral”. (ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 36-39)

²⁶³ “§ 3º Quando da convocação do atleta por entidade de administração, a entidade de prática desportiva detentora de contrato de cessão do direito de uso de sua imagem poderá ficar desobrigada do pagamento a esse título, devido no período que durar a convocação, se o atleta convocado estiver com sua imagem desportiva vinculada ao patrocinador da entidade convocante.

§ 4º O valor de parâmetro da indenização prevista no § 30 será comunicada pela entidade de prática desportiva à entidade de administração convocadora, juntamente com o valor do salário mensal do atleta convocado.

§ 5º Sempre que a entidade de administração convocadora exigir o direito de uso da imagem do atleta a favor de seu patrocinador, pagará ao convocado, obrigatoriamente, uma retribuição que, no mínimo, deverá ser igual àquela que o atleta perceberia se estivesse a serviço de sua entidade de prática.

§ 6º O atleta convocado receberá os valores contratados a título de direito de imagem, tanto da entidade de administração convocadora quanto da de prática cedente. se no período que durar a convocação as suas imagens continuarem sendo divulgadas pela entidade de prática ou seu patrocinador.

Em artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, Piraci U. Oliveira analisa a questão sob o enfoque puramente fiscal. O autor faz referência à postura da Secretaria da Receita Federal e julgados de seu Tribunal Administrativo, e conclui que “a contratação da imagem de atletas não pode ser utilizada por empresa interposta, visto ser impregnada do *intuito personae* e, portanto, deve necessariamente ser formalizada diretamente com a pessoa física envolvida”²⁶⁵ ²⁶⁶.

§ 7º Se a entidade de administração convocadora, be neficiária de contrato de patrocínio, subvenção ou outra forma de incentivo não remunerar o atleta convocado pela utilização de sua imagem, este será livre para se recusar a competir, sem sofrer qualquer penalidade.”

²⁶⁴ Também em Portugal. a Lei nº 28. de 26 de junho de 1998, que aprovou o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, deixa clara essa diferença em seu art. 10:

“1. Todo o praticante desportivo profissional tem direito a utilizar a sua imagem pública ligada à prática desportiva e a opor-se a que outrem a use ilicitamente para exploração comercial ou para outros fins econômicos.

2. Fica ressalvado o direito de uso de imagem do colectivo dos praticantes, o qual poderá ser objecto de regulamentação em sede de contratação colectiva.”

²⁶⁵ O licenciamento do uso de imagem de atletas profissionais e a criação de elevados passivos fiscais ocultos. Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>

“CESSÃO DO DIREITO AO USO DA IMAGEM - CONTRATO DE TRABALHO DE NATUREZA PERSONALÍSSIMA - IMPOSSIBILIDADE DE SEREM PROCEDIDAS POR OUTRA PESSOA, JURÍDICA OU FÍSICA – PRESTAÇÃO INDIVIDUAL DE SERVIÇOS - JOGADOR/TÉCNICO - SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTARIA - São tributáveis os rendimentos do trabalho ou de prestação individual de serviços, com ou sem vínculo empregatício, independentemente a tributação da denominação dos rendimentos, da condição jurídica da fonte e da forma de percepção das rendas, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título (art, 3º, § 4º, da Lei nº 7.713, de 1988). S alvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Desta forma, os jogadores e técnicos, cujos serviços são prestados de forma pessoal, terão seus rendimentos tributados na pessoa física, incluídos ai os rendimentos originados no direito de arena/cessão do direito ao uso da imagem. sendo irrelevante a existência de registro de pessoa jurídica para tratar dos seus interesses.” (Acórdão 104-19.444, publicado no DOU de 27.11.2003)

²⁶⁶ Piraci U. Oliveira demonstrar fiscalmente quais seriam as vantagens dos clubes e jogadores com esses contratos, para logo em seguida mostrar os reflexos da decisão administrativa que os considera uma evasão fiscal, criando passivos ocultos próximos a 105% dos pagamentos de direitos de imagem mensais: “As agremiações desportivas, formadas sob o modelo associativo, são isentas do recolhimento previdenciário ordinário. Há, de fato, a oneração de 5% (cinco por cento) de todas as suas receitas, sob a modalidade de substituição tributária (sob responsabilidade exclusiva dos patrocinadores), somada a um pagamento de 4,5% (quatro ponto cinco por cento) incidente sobre a folha de salários. Assim, o único benefício das agremiações que contratam licenciamento de imagem está vinculado ao não-pagamento de 130 salário, férias e do FGTS, o que totalizaria 31.90% (27,40% — 8,33% do 13º salário. 11.07% férias com 1/3 e 8% FGTS - a título de encargos trabalhistas e 4,5% de INSS sobre a folha de salários). Por sua vez, o atleta deixa de pagar o IRRF — tabela progressiva (27,5%), mas passa a sofrer a incidência de 11,33% (3% Cofins, 0,65% PIS, 4,8% IRPJ e 2,88% CSLL) pela tributação da pessoa jurídica, o que representa um ‘ganho’ próximo a 16%. Esquemáticamente, podemos dizer que os atletas são beneficiados em 16% e os clubes em 31,90%, ambos sobre o valor licenciado. Porém, se tomados os reflexos da decisão administrativa supratranscrita, esta suposta elisão fiscal, que se transfigura em verdadeira evasão tributária, passaria a onerar os clubes e atletas, sob a modalidade da solidariedade fiscal, nas seguintes proporções: IRRF — 27,50%: Multa (fraude) 150% - 4 1,25%; FGTS - 4,5%; FGTS multa 50% - 2,25%; Selic média - 30%; Total 105,5%.” O licenciamento do uso de imagem de atletas profissionais e a criação de elevados passivos fiscais ocultos. Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>

Esta questão de considerar o contrato de licença de uso de imagem uma fraude ao contrato de trabalho teve como chamado leading case o do atleta de futebol “Luizão”, quando este defendia a tradicional e popular equipe do Sport Club Corinthians Paulista²⁶⁷. Isso porque, embora não tenha sido o primeiro, foi um dos que mais chamou a atenção dos estudiosos do tema e da mídia.

Dessa forma, é imperioso para o presente estudo analisar seus aspectos jurídicos e também o contexto em que estava inserido para se extraírem algumas conclusões sobre o tema.

No primeiro semestre de 2001, após brilhante início de temporada defendendo a equipe do Corinthians, o atleta “Luizão” assinou um pré-contrato de transferência²⁶⁸ para uma grande equipe da Alemanha, o Borussia Dortmund, onde receberia em parceria com o clube cerca de 15 milhões de dólares.

Ocorre que, numa infelicidade, contundiu-se seriamente no joelho, tendo que se submeter a uma complicada cirurgia que o afastou dos gramados por cerca de oito meses, impedindo que sua transferência fosse concretizada.

Frustrada a transferência, Corinthians e “Luizão” renovaram o contrato de trabalho em julho de 2001, prevendo nova cláusula penal em hipótese de transferência internacional. Também foram firmados entre a empresa, cujo sócio majoritário era o próprio atleta, e a Corinthians Licenciamentos Ltda., empresa constituída unicamente para gerir o departamento de futebol do clube, tendo como principal acionista um fundo norte-americano denominado Hicks Muse, três contratos de licença de uso de imagem.

Frise-se que esses três contratos não foram assinados pelo clube, e sim por outra empresa parceira, que via no atleta um grande potencial para promover campanhas publicitárias, principalmente para angariar fundos para a construção de um estádio de futebol, cujos procedimentos foram iniciados e, após rescisão do contrato de parceria entre a equipe e a Hicks Muse, abandonados.

O atleta passou um bom tempo em recuperação recebendo normalmente seus vencimentos, até que, logo depois que voltou a jogar normalmente, a empresa Corinthians Licenciamentos passou a atrasar o pagamento do direito de uso da

²⁶⁷ 12ª Vara do Trabalho de São Paulo/Capital, Processo nº 321/02, Luiz Carlos Goulart x Sport Club Corinthians Paulista.

²⁶⁸ Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>

imagem do atleta. Ressalte-se que o salário vinha sendo pago normalmente pelo clube na carteira de trabalho.

Nesse ponto, faz-se necessária uma rápida digressão para esclarecer alguns aspectos do direito desportivo. O art. 31 da Lei Pelé prevê que a entidade desportiva que atrasar o pagamento do salário de atleta por três meses terá o contrato de trabalho rescindido, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra equipe, sem a necessidade do pagamento de multa ou cláusula penal²⁶⁹.

Assim, em fevereiro de 2002, o atleta ingressou com reclamação trabalhista em face do Sport Club Corinthians Paulista, “vindicando a rescisão do contrato de trabalho por falta patronal, alegando que a reclamada não lhe paga valores referente ao chamado contrato de licença de uso de imagem que, para o autor, nada mais é do que salário mascarado”²⁷⁰.

A ação foi julgada parcialmente procedente, rescindindo o contrato de trabalho por mora patronal, reconhecendo a natureza salarial dos valores pactuados originariamente a título de licença de uso de imagem, liberando o atleta, independentemente do trânsito em julgado, para procurar outro clube, e requisitando a expedição de ofícios à Receita Federal, ao INSS e à Caixa Econômica Federal para a tomada de providências cabíveis em face de ambos os litigantes.

Com a equiparação da quantia que recebia a título de imagem ao salário, estando esta atrasada, conseguiu sua desvinculação do clube, ficando assim livre para se transferir para a Europa, sem ter que pagar qualquer quantia ao Corinthians.

Aqui se destaca o aspecto puramente econômico que envolve o contrato de licença de uso de imagem, pois em nenhum momento procurou valorizar a pessoa do atleta em si.

²⁶⁹ Percebe-se pelo texto do art. 31 que o nome “cláusula penal” apenas foi emprestado ao instituto, não tendo qualquer relação com a cláusula penal do direito civil, tendo em vista que diferem em vários pontos. Melhor seria que fosse dado outro nome para não haver confusão.

“Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato de trabalho daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra agremiação de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a multa rescisória e os haveres devidos.

§ 1º São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho.

§ 2º A mora contumaz será considerada também pelo não-recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias.

§ 3º Sempre que a rescisão se operar pela aplicação do disposto no caput deste artigo, a multa rescisória a favor do atleta será conhecida pela aplicação do disposto nos art. 479 da CLT.

§ 4º (Vetado).”

²⁷⁰ Termo de audiência do processo, lavrado em 6 de março de 2002.

Porém, como já dito anteriormente, entende-se que cada caso deve ser analisado especificadamente, não se podendo generalizar. E nesse “caso Luizão”, embora a história pareça ser triste para o clube que ficou sem receber qualquer quantia pela transferência e ainda perdeu no meio da temporada seu principal atleta, deve-se fazer justiça ao dizer que houve inúmeras questões contratuais que permitiram que o resultado jurídico fosse este.

Mas quando se trata de contrato de licença de uso de imagem, se pode generalizar o aspecto mercadológico que existe neste tipo de contrato, ainda mais depois de ressaltar o aspecto econômico que envolveu “o caso Luizão”.

Outro aspecto importantíssimo a ser ressaltado é de que, para se distinguir o contrato de licença de uso de imagem do de trabalho, é através da comprovação da utilização da imagem, ou então uma justificativa plausível do por que não a utilizou junto com dados técnicos que comprovem o seu valor de mercado.

Isso porque, hoje em dia, é plenamente viável que se quantifique um valor aproximado dessa licença de imagem por meio de agências de propaganda e marketing esportivo especializados em avaliar e mensurar esse “produto”.

Neste “caso Luisão”, o Corinthians e sua parceira não conseguiram comprovar a utilização da imagem do atleta em campanhas publicitárias ou outros negócios que pudessem justificar a quantia de R\$ 350.000,00 mensais paga a esse título²⁷¹.

Existem outros aspectos também considerados pela sentença que, salvo melhor juízo, são plenamente válidos, não caracterizando uma fraude ao contrato de trabalho.

O primeiro deles é o fato de o contrato de licença de uso de imagem ter sido celebrado no mesmo dia do de trabalho e ambos terem a mesma duração. A esses dois aspectos acrescenta-se ainda um outro que não constou no caso específico, mas é bastante comum: o fato de o contrato de licença de uso de imagem ser automaticamente rescindido caso haja a rescisão do de trabalho.

²⁷¹ Trecho da sentença: “Com exceção dos Documentos n°s 46/50 — onde aparecem fotos do reclamante nem sempre fardado com o uniforme do reclamado —, não há nos autos qualquer prova de que o autor tenha participado de alguma campanha publicitária feito pelo reclamado ou pela empresa Corinthians Licenciamentos que justificasse a alta quantia paga ao autor a título de contrato de imagem. Realmente parece-me fora de qualquer critério de razoabilidade pagar-se ao reclamante a quantia de aproximadamente R\$ 350.000.00 mensais (somando-se os três contratos de imagem) tão-somente para a participação do lançamento da construção de um estádio de futebol, que, aliás, não se tem notícia se realmente fora encampado”.

O fato de os contratos terem sido assinados no mesmo dia e terem a mesma duração, sendo um vinculado ao outro, não configura qualquer ilícito ou fraude.

O comum é a equipe somente ter interesse em utilizar a imagem do atleta enquanto esse defender as suas cores. Celebrar um contrato de licença de uso de imagem com prazo superior ao de trabalho poderia inclusive incompatibilizar a transferência do atleta para outra equipe, já que teria ainda contrato de licença de uso de imagem em vigência com a adversária. Não que isso incompatibilize a atuação laboral, já que, como explicado anteriormente, esse contrato de licença de uso de imagem é para a utilização extracampo.

Pode-se imaginar um caso hipotético. Suponha-se o atleta da seleção brasileira e ex-jogador do São Paulo Futebol Clube “Kaká”, atualmente defendendo a equipe do Real Madrid, na Espanha. Referido atleta tem uma grande identificação com a torcida do São Paulo, justamente por ter passado por todas as categorias de base do clube e por ter exercido um excelente papel dentro e fora dos gramados. Tal atleta atua hoje em dia na equipe espanhola, tendo com ela celebrado seu contrato de trabalho nos moldes das leis locais. Caso não haja restrição contratual por parte da de sua equipe, não há qualquer óbice legal que impeça o “Kaká” de assinar um contrato de licença de uso de imagem com o São Paulo para angariar sócios-torcedores, vender camisas, chaveiros, material esportivos, etc.

Da mesma forma, não há óbice legal algum em vincular o contrato de licença de uso de imagem à existência do contrato de trabalho. Imagine-se um caso em que o contrato de trabalho de um atleta fora rescindido, porém o de uso da imagem continue em plena eficácia. Imagine-se que esse atleta tenha assinado contrato de trabalho com uma equipe rival da que mantém ainda o contrato de licença de uso da imagem válido.

Como terá esse atleta tranquilidade para exercer seu ofício se trabalha na equipe A, porém a equipe B, maior rival da A, possui a licença para explorar sua imagem e anuncia em seu site propaganda com tal atleta?

Inclusive recentemente houve um caso parecido, que retrata um pouco essa questão, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que envolveu o atleta Luis Mário e a equipe do Corinthians.

Tal atleta teve seu contrato de trabalho rescindido por uma liminar da Justiça do Trabalho, podendo transferir-se para qualquer agremiação desportiva. Porém seu contrato de licença de uso de imagem estava plenamente em vigor, e a equipe do

Corinthians possuía uma liminar da Justiça Comum impedindo que o atleta se transferisse enquanto estivesse em plena vigência o contrato de uso de imagem ou até que seja a questão trabalhista resolvida em caráter definitivo.

Com as decisões conflitantes, foi instaurado conflito de competência do Superior Tribunal de Justiça, no qual, por quatro votos a três, foi decidido que o contrato de licença de uso de imagem é acessório ao de trabalho, que é o principal devendo a questão ser decidida na Justiça Trabalhista²⁷².

Essa decisão deixou claro que ambos os contratos são válidos, tendo um uma característica acessória e o outro principal. Assim, não há que se falar em fraude quando a eficácia de um depende da existência do outro.

Também aqui deve-se esclarecer que não se pode partir sempre do pressuposto de que o contrato de licença de uso de imagem é acessório ao de trabalho, não possuindo assim autonomia própria. Isso também deverá ser analisado caso a caso, não podendo criar-se um pressuposto genérico. Tudo vai depender do que estiver contratado entre as partes.

Além do mais, acredita-se que não configura fraude o fato de os contratos serem assinados na mesma data e com mesmo prazo de duração, ou então que a eficácia de um dependa da existência do outro. Como visto pelos exemplos acima, existem situações fáticas e casos concretos plenamente possíveis de ocorrerem.

Outro aspecto da decisão do “caso Luizão”, que deve ser melhor explicado aqui, é que um dos argumentos do reclamado Corinthians era de que o contrato de licença de uso de imagem fora firmado com uma outra empresa, com personalidade jurídica distinta, outros sócios, outro objeto social, no caso a Corinthians Licenciamentos Ltda.

Para a análise de um caso concreto sobre contratos de licença de uso de imagem, acredita-se que independe o fato desse contrato ter sido firmado com uma empresa que possui o clube como sócio, mesmo sendo pessoas jurídicas distintas.

Defende-se a tese de que, se a análise dos fatos e documentos deixar claro que se está diante de uma fraude, será independente da forma societária dessas

²⁷² “CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Clube esportivo. Jogador de futebol. Contrato de trabalho. Contrato de imagem. Celebrados contratos coligados, para prestação de serviço como atleta e para uso da imagem, o contrato principal é o de trabalho, portanto, a demanda surgida entre as partes deve ser resolvida na Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Trabalhista.” (Acórdão CC 34504/ SP, Conflito de Competência 2002/0013090-6)

peças jurídicas. Porém, como já se disse anteriormente, não pode haver uma presunção de fraude sempre que existirem os dois contratos.

O Juiz, ao considerar uma fraude o contrato de licença de uso de imagem também levou em consideração o fato de os pagamentos a esse título serem feitos com habitualidade, caracterizando isso a natureza salarial de tais valores. Salvo melhor juízo, mais uma vez equivocou-se o magistrado sentenciante.

Simplesmente o fato de o contrato estipular que os pagamentos serão mensais não caracteriza a habitualidade salarial. É normal que os contratos de licença de uso de imagem celebrados entre artistas tenham a previsão e os pagamentos mensais. Assim, esse fato puro e simples não pode configurar uma natureza salarial, sob pena de se inviabilizar a celebração de qualquer contrato de licença de uso de imagem, não só envolvendo desportistas, como também qualquer outra profissão.

Por fim, o Juiz sentenciante também levou em consideração, equivocadamente, o fato de que a Corinthians Licenciamentos podia negociar eventual transferência do atleta, em virtude da cláusula penal desportiva existente no contrato de trabalho.

Antes é necessária uma singela explicação do que se trata e a importância da cláusula penal desportiva. Em virtude da extinção do “passe” (também chamado de vínculo desportivo que o atleta mantém com o clube, mesmo após o término de seu contrato de trabalho) pelo art. 28 da Lei Pelé²⁷³, os clubes passaram a ter um outro mecanismo de compensação em caso de transferências de atletas.

²⁷³ “Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

§ 1º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do respectivo contrato de trabalho.

§ 2º O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

I - com o término da vigência do contrato de trabalho desportivo; ou

II - com o pagamento da cláusula penal, nos termos do caput deste artigo; ou, ainda,

III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial de responsabilidade da entidade desportiva empregadora prevista nesta Lei.

§ 3º O valor da cláusula penal a que se refere o caput deste artigo será livremente estabelecido pelos contratantes até o limite máximo de cem vezes o montante da remuneração anual pactuada. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.981, de 14.07.2000).

§ 4º Far-se-á redução automática do valor da cláusula penal prevista no caput deste artigo, aplicando-se, para cada ano integralizado do vigente contrato de trabalho desportivo, os seguintes percentuais progressivos e não-cumulativos:

I - dez por cento após o primeiro ano;

Tal mecanismo foi denominado cláusula penal desportiva e está previsto no mesmo art. 28. Por essa cláusula os clubes estabelecem um valor, caso o contrato seja rescindido, podendo ser estipulado sem qualquer limitação para transferências internacionais e dentro de certos requisitos para as nacionais.

Feitos esses comentários, pode-se concluir que o fato de a empresa Corinthians Licenciamentos poder negociar tal cláusula penal desportiva não tem qualquer relação com o contrato de licença de uso de imagem firmado com o jogador.

A cláusula penal desportiva está expressa no contrato de trabalho do atleta com o clube, contrato esse que, por sua vez, deve ser registrado na entidade de administração nacional da respectiva modalidade, de acordo com o art. 34, inciso 1, da “Lei Pelé”²⁷⁴. Ainda, qualquer um que seja agente regular e tenha a procuração do atleta ou do clube pode negociá-la, não tendo qualquer relação com uma suposta fraude no contrato de trabalho. Esse fato apenas mostra que a empresa poderia intermediar qualquer negociação do atleta com o exterior ou mesmo com qualquer outra equipe do Brasil.

Portanto, não se pode nunca partir do pressuposto de que o fato de existirem dois contratos, um de licença de uso de imagem e o outro de trabalho, significa estar diante de uma fraude. Apenas a análise do caso concreto mostrará a existência ou não de irregularidades²⁷⁵.

II - vinte por cento após o segundo ano;

III - quarenta por cento após o terceiro ano;

IV - oitenta por cento após o quarto ano.

§ 5º Quando se tratar de transferência internacional, a cláusula penal não será objeto de qualquer limitação, desde que esteja expresso no respectivo contrato de trabalho desportivo. (Parágrafo incluído pela Lei nº9.981. de 14.07.2000).”

²⁷⁴ “Art. 34. São deveres da entidade de prática desportiva empregadora. em especial:

I - registrar o contrato de trabalho do atleta profissional na entidade de administração nacional da respectiva modalidade desportiva.”

²⁷⁵ “EMENTA: ATLETA PROFISSIONAL PAGAMENTO A TÍTULO DE DIREITO DE IMAGEM - NATUREZA JURÍDICA - O art. 42 da Lei nº 9.615/1998 prevê expressamente o pagamento de valor pela cessão do uso do direito de imagem do atleta. Assim, essa parcela tem natureza civil, somente assumindo caráter salarial se demonstrada especificamente a existência de fraude. Fatos ocorridos antes da vigência da Medida Provisória nº79/2002. É certo que mesmo tendo a parcela paga a título de direito de imagem, a priori, natureza civil, isso não afasta a possibilidade de utilização fraudulenta do instituto. Todavia, isso reclama análise caso a caso e depende da análise dos fatos e provas trazidos aos autos.”

(TRT, RO 01289-2002-003-18-00-5. Rei. Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho, Revisora Juíza Dora Maria da Costa, Recorrente: Marcelo Sander Lima de Souza, Advogados: Gizeli Costa D’abadia e outros, Recorrente: Vila Nova Futebol Clube, Advogado: Paulo Roberto Ferreira Cardoso, Recorridos: os mesmos)

Inclusive no processo do Luis Mário, também podem ser observados alguns entendimentos esposados pelos Ministros no sentido de que, embora isso não fosse o objeto do conflito de competência, o contrato de licença de uso de imagem é de natureza civil e plenamente válido, não possuindo natureza salarial (voto-mérito do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, voto-vista do Ministro António de Pádua Ribeiro e ementa da Ministra Relatora Nancy Andriahi).

Também o fato de os pagamentos a título de licença de uso de imagem serem mensais; de os contratos serem celebrados por empresas distintas ou não; de a vigência dos contratos ser vinculada; de uma empresa poder negociar a cláusula penal desportiva não configuram qualquer fraude ao contrato de trabalho ou mesmo evasão fiscal.

Por outro lado, o que configurou a fraude nesse processo foram basicamente dois aspectos. O primeiro deles é a inadequação do contrato de licença de uso de imagem. Como visto, foram celebrados três instrumentos, com as mesmas disposições e com cláusula conflitante, o que, por si só, já deixaria o negócio sob suspeita.

O segundo aspecto, mais controvertido, foi o fato de a Corinthians Licenciamentos não ter comprovado a utilização da imagem proporcionalmente ao valor que pagava pelo contrato que, diga-se de passagem, não era pouco.

Mas para esclarecer esta grande discussão jurídica sobre o contrato de licença de uso de imagem e sua ligação com o contrato de trabalho, o governo federal achou por bem intervir, editando Medida Provisória que, dentre outras questões polêmicas, regulamentasse a exploração da imagem do atleta profissional.

Assim, em 28 de novembro de 2002, foi publicada a Medida Provisória nº 79, que, em seu art. 8º, expressamente, dizia que: “não possui natureza salarial a quantia paga pela exploração Comercial da imagem do atleta profissional por parte de entidade desportiva desde que esta tenha se constituído regularmente em sociedade empresária, conforme o art. 70”²⁷⁶.

²⁷⁶ Medida Provisória nº79. 28.11.2002:

“Art. 7º É facultado às entidades desportivas constituírem-se regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei nº 10.406, de 2002, Código Civil.

Parágrafo único. Considera-se entidade desportiva, para os fins desta Medida Provisória, as entidades de prática desportiva envolvidas em competições de atletas profissionais as ligas em que se organizarem e as entidades de administração de desporto profissional.

Art. 8º Não possui natureza salarial a quantia paga pela exploração comercial da imagem do atleta profissional por parte de entidade desportiva, desde que esta tenha se constituído regularmente em sociedade empresária, conforme o art. 7º.”

Essa Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.672/2003, publicada dia 16 de maio de 2003. Porém, na conversão, referido dispositivo foi extraído, tendo tido validade apenas transitória.

Portanto, o contrato de licença de uso de imagem do atleta celebrado com seu empregador deixa claro que nessa inter-relação entre imagem e atividade laboral deve a licitude ou a fraude ser analisada em cada situação, ou seja, no momento concreto de sua utilização.

Todavia, o aspecto econômico que rege esta relação fica comprovado que existe em todos os tipos de contrato de licença de uso de imagem do atleta, não necessitando ser analisado no caso concreto. Tanto a imagem utilizada pelo clube empregador como a exploração da imagem fora da jornada de trabalho, depende da existência de um contrato de licença de uso de imagem que especifique a forma em que esta será utilizada. Em todos esses casos não possui o contrato de licença de uso de imagem o objetivo de valorizar a pessoa humana, pois esse direito de imagem se encontra conectado com o mercado e com o mundo capitalista em se vive.

E nesta relação entre o atleta e o clube empregador fica mais claro ainda este aspecto mercadológico, em face de que os clubes na tentativa de reduzir seus custos, adotaram como solução o instituto da licença de uso de imagem dos jogadores. Assim, na grande maioria dos casos, tentando reduzir os gastos, começou-se a utilizar esse tipo de contrato de imagem.

Nesse sentido, torna-se necessário analisar o direito de arena, que também deixa claro este aspecto econômico, pois assegura aos atletas que estão jogando uma participação no lucro dos clubes na comercialização dos jogos.

4.2.2 Do Direito de Arena e da Licença de Uso de Imagem

Arena é palavra latina que significa areia. O termo é usado no meio esportivo, tendo em vista que, na Antiguidade, no local onde os gladiadores se enfrentavam entre si ou animais ferozes, o piso era coberto de areia²⁷⁷.

²⁷⁷ ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. São Paulo: Julex Livros, 1999, p. 145. .

Nas competições esportivas, a imagem do atleta nos jogos pode ser utilizada mesmo sem a sua anuência, pois é inerente ao exercício desta profissão o atleta estar em contato com o público, pois sua atividade é equiparada ao trabalho artístico.

O direito de arena foi previsto na Lei de Direitos Autorais de 1973, entre os direitos conexos, os relativos a artistas, intérpretes e executantes. Em 1993, com a edição da chamada Lei Zico (Lei n.º 8672, de 06 de julho de 1993), que disciplinou todo regime desportivo nacional, o direito de arena passou a ser tutelado por ela. Mais tarde, em 1998, com a Lei Pelé, o direito de arena foi definitivamente confirmado como sendo instituto específico do direito desportivo, tendo desaparecido da nova lei de direitos autorais, também de 1998.

Assim, o direito de arena está consagrado no artigo 42 da Lei Pelé²⁷⁸, o qual assegura aos atletas incluídos no espetáculo uma participação no lucro dos clubes na comercialização dos jogos.

Também a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXVIII, letra a, assegura o direito de arena. Dispõe o referido dispositivo legal: “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”.

A Constituição Federal disciplina o chamado direito de arena como forma de proteção da imagem do atleta e também retribuição pecuniária pela sua utilização.

Na doutrina e jurisprudência de forma majoritária tem entendido que o valor pago a título de direito de arena integra a remuneração do empregado e se equipara às gorjetas, pois esse valor é pago por terceiros e não diretamente pelo empregador. Outros entendem que o valor pago a título do direito de arena não tem feição salarial, se aproximando da natureza jurídica de participação nos lucros²⁷⁹.

²⁷⁸ “Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos esportivos de que participem.

§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.

§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

²⁷⁹ Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: “Atleta profissional. Não tem natureza salarial a retribuição econômica, a cargo das emissoras de televisão, resultante da cessão a elas, pelo Atleta

Assim, quando se equipara o direito de arena às gorjetas, conclui-se que é de natureza remuneratória.²⁸⁰

Para o presente trabalho, a importância paga a título do direito de arena decorre da utilização da imagem do atleta na sua atividade principal, que se dá durante a partida de futebol. Embora não seja paga pelo empregador, é devida em razão do contrato de trabalho e da prestação pessoal de serviços do atleta. Por isso, acredita-se que a natureza jurídica seja de gorjeta²⁸¹.

Como já explicado anteriormente, direito de explorar a imagem do atleta profissional pode ser cedido ao Clube empregador por meio de cláusula constante do contrato de trabalho, ou por meio de um contrato de natureza civil.

Nesse sentido, deve ser destacada a diferença entre o ‘Contrato de Direito de Imagem’ e o direito de arena, o qual remunera a imagem do atleta: “O valor pago como direito de arena tem natureza jurídica remuneratória, uma vez sua similitude com as gorjetas, já que é pago por terceiros. Já com o contrato de direito de imagem é diferente, pois neste, quem remunera o atleta é o próprio clube empregador.”²⁸²

Outro ponto a ser observado é que a Lei Pelé, assim como as demais legislações anteriores que tratavam da matéria, nunca definiram de forma clara como este valor seria dividido entre os atletas e quais teriam direito efetivamente ao recebimento da verba destinada a este fim, persistindo uma lacuna. Assim, preferiu resumir a questão no parágrafo único do artigo 42, afirmando que vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo ou evento.

Todavia, ainda se observam com certa freqüência decisões que prescrevem que o direito de arena é apenas o outro nome do direito à imagem, ou então que aquele é uma espécie deste, havendo similaridade entre os dois institutos.²⁸³

Profissional, através do empregador, o uso de uso de sua imagem”. TRT – 3ª Região – RO 8879/01 1ª T. – Rel. Juiz Maurílio Brasil. DOE 31.08.01

²⁸⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. O Atleta Profissional de Futebol e os seus Direitos Trabalhistas. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, n. 98, p. 145, abr/jun, 2000.

²⁸¹ Nos termos do artigo 42 da Lei 9.615/98, o direito de arena pertence às entidades desportivas que repassam uma porcentagem aos jogadores. Se a exibição das imagens das partidas for gratuita, o atleta nada receberá pela transmissão de sua imagem, uma vez que exerce atividade pública, e é inerente à sua profissão estar em contato com o público.

²⁸² ZAINAGHI, Sávio Domingos. **Nova Legislação Desportiva**: aspectos trabalhistas. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 36.

²⁸³ DIREITO DE ARENA E DIREITO DE IMAGEM - SIMILARIDADE – o art. 42 da Lei n.º 9. 615/98 não faz qualquer alusão a Direito de Arena, mas ao direito da entidade de prática desportiva de “negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou evento desportivos que participem “, sendo a referida lei uma extensão do Direito de Imagem previsto

No entanto, tal similaridade não existe. São dois institutos distintos, uma vez que seus titulares são distintos. No caso do direito à imagem seu detentor é a pessoa física, no presente trabalho, o jogador de futebol, sendo prerrogativa dele negociá-la ou não de forma individual. Já o direito de arena, por determinação legal, tem como detentor a entidade da prática desportiva, o clube de futebol, a pessoa jurídica. E é assim que entende o Judiciário Trabalhista.²⁸⁴

Portanto, o direito de arena é válido então somente no campo de jogo, para a comercialização da transmissão do espetáculo, sendo qualquer utilização da imagem do atleta fora deste ambiente, direito individual deste e com ele diretamente negociável. Daí decorre a impossibilidade de confusão entre os dois direitos. Mas, tanto o direito de arena como contrato de licença de uso de imagem voltam-se para o aspecto econômico da pessoa em si.

4.3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À IMAGEM

Como se pode observar ao longo do trabalho o atleta profissional de futebol, como todas as pessoas, tem todos os atributos fundamentais da personalidade

no art. 5º, XXVIII, letra “a” da Constituição da República Federativa do Brasil, que cuida também da reprodução da imagem e voz humana nas atividades desportivas, não mencionando acerca do Direito de Arena. Logo se o texto legal não faz qualquer menção a Direito de Arena, deduz-se disto que o Direito de Arena e o Direito de Imagem não são figuras distintas, havendo similaridade entre ambas. A doutrina apenas adotou outra terminologia não prevista na lei (TRT 3ª Região – Recurso Ordinário n.º 00960-2004-016-03-00-0 – 7ª Turma – Fonte: DJMG 13/09/2005 – Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno.

ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. DIREITO DE ARENA. ESPÉCIE DO DIREITO À IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL DA PARCELA. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. A quantia informal paga ao reclamante a título de “Direito de Arena”, através de empresa simulada constituída para este fim, não desqualifica a natureza jurídica salarial da verba, conforme o disposto nos art. 9º e 444/CLT (TRT 3ª Região – Recurso Ordinário n.º 00954-2002-018-03-00-4 - 4ª Turma - Fonte: DJMG 14/12/2002 – Relator: Antônio Alvarez da Silva).

²⁸⁴ O direito de arena pertence ao clube, pois decorre da realização do “espetáculo”, o qual, no caso, por se tratar de futebol, ocorre nos 90 minutos em que é disputada a partida. Trata-se na verdade de uma “imagem coletiva”, onde os 11 jogadores que defendem a agremiação em sua imagem vinculada, indistintamente pela televisão. Desta forma, seria praticamente inviável que este “direito” pertencesse a cada jogador, pois difícil seria conseguir a anuência de todos os atletas. De mais a mais, nos 90 minutos do jogo é o time o alvo da transmissão, ou seja, o clube, a agremiação, não cada atleta individualmente.

Já no “contrato de direito de imagem” a titularidade é da pessoa natural, é individualizado e se estenderá o tempo que estiver previsto no contrato, e não só os 90 minutos da partida.(TRT 4ª R, 7ª Turma, Recurso Ordinário n.º 00511.007/00-0 , Rel. Juiz Alcides Matte, em 22.02.2004)

humana. O conjunto dos direitos ligados à sua integridade física, à integridade intelectual e moral se aplica a ele, sem qualquer exclusão. O direito à imagem, inseridos nos direitos de personalidade, aplica-se também de forma integral, a toda sua atividade profissional.

No entanto, as pessoas encontram-se numa época em que o esporte cada vez mais é encarado como uma indústria e o atleta profissional é considerado tão somente como meio de ligação entre esta indústria e o público consumidor, sendo impulsionado apenas pelo aspecto econômico que rege esta relação.

Assim, para se chegar a repersonalização do Direito Civil foi necessário, sobretudo, resgatar o que realmente seja a noção de pessoa inserida no Direito, com uma idéia de pessoa humana que vá além de sua versão individualista e abstrata, obtendo uma nova dimensão dos direitos da personalidade centrada na pessoa humana e não no patrimônio. Todavia, quando se fala na disponibilidade do direito à imagem do atleta, o que rege esta relação é o aspecto mercadológico da pessoa em si, envolvendo apenas o caráter econômico.

No entanto, vislumbra-se o desprezo com que são tratados aspectos referentes ao conjunto de caracteres que atribui ao atleta profissional valores, direitos, deveres e o insere no contexto das relações sociais e jurídicas da coletividade, em nome de sua exploração como mero instrumento de marketing, centrado apenas no aspecto patrimonial.

O reconhecimento do direito à imagem deve centrar-se, segundo o direito constitucional brasileiro, na pessoa humana concreta, a qual tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo. Entretanto, de acordo com o desenvolvimento do presente trabalho, não se pode dizer que o objetivo do contrato de licença de imagem seja valorizar a dignidade da pessoa humana, pois ficou devidamente comprovado que esse segue uma lógica mercadológica.

É por meio do respeito aos direitos da personalidade que se deve exercer o papel fundamental no momento de dispor da sua própria imagem, enfatizando a dimensão existencial da pessoa humana.

Mas cabe ser ressaltado, que por força de uma das características essenciais da profissão, que, entre outras, é a de exibir-se em público, essa contratação opera uma espécie de cisão no direito de imagem do atleta profissional em duas partes. Uma delas é a sua imagem profissional, presente durante o exercício da atividade; a

outra é a sua imagem pessoal, presente em todos os outros momentos de sua vida, que não durante o seu contrato de trabalho.

Essa imagem pessoal, imagem esta em que o atleta não esteja a serviço do clube, permanece inerente a própria pessoa do atleta. É essa cisão entre imagem pessoal e imagem profissional que irá permitir que um atleta possa, por exemplo, participar de campanhas publicitárias, vinculando a sua imagem a um determinado produto ou serviço.

Mas essa valorização da imagem pessoal do atleta ocorre em decorrência do crescimento na mídia de sua imagem profissional, fazendo aumentar a importância econômica da sua própria imagem. Assim, a imagem dos atletas de futebol passou a ser disputada por empresas que buscam associar as características reais ou imaginárias, do indivíduo a seus produtos.

Mas como o próprio atleta é absolutamente senhor de sua própria imagem, como já explicado anteriormente, tanto a imagem pessoal como a profissional, cabe a ele dispor ou não da sua imagem através de um contrato. Deste modo, o atleta dispõe da sua imagem como melhor lhe aprouver, inclusive negociando-a para fins publicitários.

No entanto, muitas vezes esta imagem, principalmente no caso da atividade esportiva e da exposição pública do profissional desportista, faz com que seu conceito e reputação perante os demais membros da sociedade sejam fatores determinantes no sucesso ou no fracasso de sua carreira atlética. Aqui se mistura a imagem-retrato com a imagem-atributo, explicadas no primeiro capítulo.

Nesse sentido, pode-se citar o caso de Ronaldo Nazário de Lima, o qual é difícil separar a pessoa (imagem pessoal) do jogador (imagem profissional). Tomasse como exemplo os vários acontecimentos que o envolvem: escândalo quando foi pego com travestis, o qual lhe acusou de não pagar o programa e fazer uso de cocaína; sua volta aos gramados mais uma vez, depois de outra lesão no joelho; também as fotos em Ibiza em que apareceu fumando e com a barriga avantajada; sobre seu envelhecimento, mulheres; seu futuro no futebol; etc. Além do mais, no meio de todos esses escândalos e polêmicas que o envolvem, é embaixador da ONU e da UNESCO, por ser considerado um esportista de reconhecimento mundial e um exemplo de pessoa correta.²⁸⁵

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.zerohora.clicrbs.com.br>

Portanto, muito se fala nele, no seu sucesso e regresso aos gramados, bem como os títulos Paulista e da Copa do Brasil conquistados com o Corinthians. É um atleta em que seu sucesso dentro do campo impulsionou a imagem do seu atual clube, Corinthians, sendo um exemplo de gestão do esporte. Isso ocorreu com sua contratação, pois quando o Corinthians buscava por um patrocínio e na ânsia de estampar a logomarca de alguma instituição em sua camisa, Ronaldo sugeriu uma entidade de assistência, assim como o FC Barcelona e o CA Boca Juniors fazem com a Unicef (United Nations Children's Fund – Fundo das Nações Unidas para as Crianças). E a instituição escolhida foi a AACD (Associação de Assistência à Criança Deficiente).²⁸⁶ Isso foi bom para a entidade e bom para o clube, seus valores, e o seu comprometimento para a sociedade como um todo.

Em resumo, bom para a imagem do Corinthians e excelente para a imagem de Ronaldo. Além do mais, esta excelente fase lhe propiciou o convite pelo presidente Lula para ser garoto-propaganda da campanha nacional para fazer a certidão de nascimento.

No entanto, como se pode verificar que quando se trata de Ronaldo, é difícil separar a pessoa e sua vida pessoal do jogador. Assim, é importante entender o que venha a ser público e privado na imagem de cada um. É importante respeitar esses campos de divulgação em massa da imagem. Todavia, o mais necessário é conhecer os limites dessa possibilidade de informação da pessoa, pois sabendo os limites, evitasse assim o desrespeito à imagem alheia.

Outro exemplo que pode ser citado é o caso do atleta Zinedine Zidane. Prestes a se aposentar depois de uma carreira brilhante no futebol, considerado elegante em todos os sentidos, resolveu na Final da Copa do Mundo, diante do mundo inteiro, dar uma cabeçada no peito de um jogador da seleção adversária, derrubando junto com o atleta Materazzi a imagem que o mundo fazia dele, “o príncipe Zidane”.

Também diante da facilidade de difusão de mensagens e imagens, a imensa utilização da publicidade, a atuação das mídias e o volume comercial que se associa à imagem, acabam gerando um ciclo vicioso que carrega consigo, cada vez mais, a redução do espaço privado do cidadão.²⁸⁷

²⁸⁶ Disponível em: <http://www.zerohora.clicrbs.com.br>

²⁸⁷ DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 85.

A proteção a reputação, a honra, a boa fama e os demais atributos valorativos da pessoa do atleta de futebol estão sempre em eminência de serem abalados, conforme os exemplos citados. Portanto, conforme os exemplos desenvolvidos e citados ao longo do presente trabalho, comprovou-se que, na grande maioria das vezes, a imagem pessoal e a imagem profissional, no caso do atleta profissional de futebol se misturam e encontram-se interligadas. E, isto quer dizer que, qualquer tipo de imagem deve ser protegida, ainda mais por ser considerada um direito de personalidade.

É por meio do respeito aos direitos da personalidade, por ora, do direito à imagem, que pode ser alcançada o verdadeiro reconhecimento do direito à imagem através da repersonalização do direito privado; isto é, somente diante do respeito a esse direito que será preservada a dignidade do atleta profissional de futebol no momento de disposição da sua imagem.

Mas também não se pode deixar de citar, que essa proteção dos caracteres valorativos, vem relativizada pela liberdade de expressão e de imprensa, assegurada por diversos incisos do artigo 5º bem como pelos artigos 220 a 224 da Constituição Federal de 1988. No entanto, a liberdade de imprensa, regulada pela Lei 5.250/67, também não deve ser vista de maneira absoluta, sendo imperiosa sua restrição de acordo com os critérios estabelecidos pela própria norma que regula a atividade jornalística.

Portanto, o surgimento e o desenvolvimento de modernos meios de comunicação de massas acarretam um novo alcance à liberdade de expressão, que se dominou liberdade de informação. Essas liberdades chegaram ao mercado levadas pelos meios de comunicação.

Segundo afirma Jacqueline Sarmiento Dias “o Direito vem evoluindo tentando coordenar a convivência entre a comunicação, a liberdade de comunicar, a imagem, a privacidade e todos os problemas que possa vir a ocorrer.”²⁸⁸

Mas o reconhecimento desse direito à imagem, inerente a própria pessoa, não pode centrar-se apenas no fundamento da autonomia privada de dispor de sua própria imagem e nessa lógica capitalista em que se vive.

No entanto, quando se trata de contrato de licença de uso de imagem, ficou claro que não possui o objetivo de valorizar a pessoa humana, pois segue esta

²⁸⁸ DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 85.

lógica mercadológica. Mas isso não quer dizer que não se pode ter como guia o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante, a qual serve de alicerce para à ordem jurídica democrática.

Além do mais, a jurisprudência e a doutrina realçam a tutela direta da imagem à faculdade de auferir proveito econômico da imagem, mediante contratos que hoje em dia assumem notável expressão econômica.²⁸⁹

Assim, o desfrute do direito a imagem pode gerar resultado econômico. Como já ressaltado, o importante é admitir a possibilidade de transmissão dos efeitos patrimoniais sem que isso leve à conclusão precipitada de descaracterização como direitos intransmissíveis e inalienáveis, pois como são direitos que decorrem da personalidade são inerentes a esta e, portanto, inseparáveis, da pessoa humana.

Portanto, há uma contradição na própria disponibilidade desse direito à imagem, na medida em que essa disponibilidade não tem o objetivo de valorizar a pessoa humana. Mas, por outro lado, a dignidade existe para preservar a autonomia e a liberdade da pessoa.

Deste modo, se pode afirmar que é através da liberdade que a pessoa possui sobre esse direito de disponibilidade da imagem que ela poderá violar sua dignidade.

Mas como dito anteriormente, essa lógica mercadológica que se encontra no direito à imagem, não existe bem uma liberdade, pois na grande maioria das vezes, principalmente os atletas que não são famosos, ou aceitam assinar o contrato imposto pelo clube, ou não trabalham.

Deste modo, para que ocorra a repersonalização do direito civil não se pode ter um modelo abstrato de pessoa ou de dignidade como padrão no exercício do direito à imagem. Aqui se pode salientar que as pessoas possuem diferentes concepções de vida, por isso o que se deve levar em conta é o homem inserido em suas circunstâncias existenciais reais, o homem que concretamente se apresenta ao direito.

Assim, o conteúdo da dignidade da pessoa humana dar-se-á no caso concreto. Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana “estará

²⁸⁹ MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II) v. 444. São Paulo: RT, 1972, p.18.

distorcido se for utilizado para impedir que o indivíduo alcance seus ideais íntimos da personalidade ou que se realize enquanto ser racional e volitivo.”²⁹⁰

É preciso, portanto, perceber a necessidade de respeito à pessoa concreta, as suas razões e desejos concretos. Conforme explicado no segundo capítulo do presente trabalho, é necessário buscar a adequação do homem frente às próprias condições de possibilidade do ser humano.

Mas isso tudo, sem desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do direito e da sociedade, no que se refere à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana. Atenta-se para o fato de que o direito à imagem, não pode ser mero objeto de interesse de outros indivíduos, pois o ser humano é sujeito de sua história e, por isso, deve haver o reconhecimento do direito à imagem e, por ora, da dignidade da pessoa humana em todas as fases da evolução da vida.

O sentido de dignidade é um valor básico do ordenamento jurídico e se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana. Por isso mesmo, como a dignidade é um valor subjetivo, o conteúdo da dignidade depende do próprio sujeito de quem se refere, depende de seus sentimentos de respeito, da consciência desses sentimentos, das suas características culturais, sociais.

Com efeito, não há como refutar o reconhecimento e consagração de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste numa cláusula geral de concreção da proteção e do livre desenvolvimento da personalidade.

O verdadeiro papel do princípio da dignidade da pessoa humana no nosso ordenamento jurídico “é garantir a emancipação do homem, através do respeito por suas diferenças, do respeito por suas características, por sua consciência e sua faculdade de autodeterminar conforme seu próprio sentimento de dignidade.”²⁹¹

O reconhecimento do direito à imagem ganha uma nova dimensão com a repersonalização do direito privado, focado na pessoa concreta do atleta de futebol e não apenas no patrimônio, significando, portanto, que os seus interesses como pessoa humana, sejam muito mais valorizados do que o patrimônio o qual tenha ou almeja ter.

²⁹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 142.

²⁹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo), p. 147.

5 CONCLUSÃO

O objetivo primordial do presente trabalho foi trazer o direito à imagem do atleta profissional de futebol de acordo com a repersonalização do direito privado, em especial a disponibilidade do direito à imagem do atleta profissional de futebol, através do contrato de licença de uso de imagem.

Em plena era da informação, na qual se verificou o poder que a imagem possui, a preocupação com sua proteção jurídica vem ganhando espaço. Mas é na publicidade que o uso da imagem ganha contornos preocupantes, especialmente através dos contratos de licença de uso de imagem, em que a imagem do atleta profissional de futebol, na grande maioria das vezes, relaciona-se com o próprio contrato de trabalho e, até mesmo, confundindo-se com este. Imagem essa que se volta apenas para o aspecto econômico da pessoa em si, não para a valorização da pessoa humana.

Como se pode verificar, o direito à imagem é um somatório de muitos anos de descoberta. No entanto, com o progresso da sociedade e da tecnologia, surgiu um novo conceito da imagem e, assim, ele começou a assumir importância cada vez maior em várias legislações estrangeiras, especialmente com o advento da fotografia em 1829. Mas somente foi reconhecido pela lei e pela doutrina há pouco tempo, nas normas de direito autoral.

No Brasil não foi diferente, também emergiu da legislação de direito autoral, embora já constasse num dispositivo do Código de Propriedade Industrial. Mas o surgimento de novos trabalhos a respeito do assunto e, principalmente, a jurisprudência foram significativos para o seu reconhecimento, pois, a partir da primeira decisão em que estendeu o conceito da representação nos retratos ou bustos por encomenda à obra cinematográfica, em 28 de maio de 1923, norteou-se a trajetória do direito à imagem no país.

Com a Constituição Federal de 1988 é que o direito à imagem ganhou proteção legislativa, quando recebeu tratamento específico pelo ordenamento jurídico, elevando a imagem a um bem constitucionalmente assegurado. Assim, ocorreu seu reconhecimento como instituto jurídico autônomo, em razão de restar insuficiente para motivar soluções o enquadramento do mesmo dentro de outros direitos como: à honra, à intimidade, à identidade, etc.

Os atletas profissionais de futebol têm assegurado o seu direito à imagem, prerrogativa pertencente à categoria dos direitos da personalidade, ou seja, é originário, absoluto, essencial, vitalício, necessário, extrapatrimonial, intransmissível, irrenunciável, imprescritível, impenhorável e indisponível. No entanto, como comprovado durante o desenvolvimento do presente trabalho, é passível de exploração econômica, bem como o poder de dispor de sua imagem como lhe aprouver, até mesmo cedendo-a como licença, onerosa ou não, para fins comerciais.

Assim, o direito à imagem admite sua disponibilidade relativa, exatamente para permitir a melhor fruição por parte do seu titular, sem, no entanto, afetarem-se os seus caracteres intrínsecos. No caso específico do direito à imagem do atleta profissional de futebol, é essa relativa disponibilidade que permitirá que o titular do direito de imagem tire proveito econômico de sua imagem usando o seu alto poder atrativo.

Como esse direito à imagem faz parte de um conjunto maior conhecido como direitos da personalidade, procurou-se obter uma nova dimensão desses direitos da personalidade, centrado na pessoa humana e não no patrimônio, que compreenderá as soluções para as lesões ao direito à imagem. Mas com uma noção de pessoa humana que vá além da sua versão individualista e abstrata, ou seja, além de um aspecto meramente formal, sem conteúdo, pois o conceito de personalidade estava sempre ligado a um papel que o homem pudesse vir a exercer no mundo jurídico, apenas como parte de uma relação. Nessa condição, a pessoa não era reconhecida como meio de uma relação.

A personalidade deve ser considerada não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais nas quais se exige tutela. Mas é com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana que foi dado um novo conteúdo aos direitos da personalidade.

É nesse aspecto que se pode afirmar que a principal consequência dessa mudança é a repersonalização do direito privado, o qual trata, segundo os defensores dessa concepção, da despatrimonialização do direito civil, de uma tendência geral da evolução do direito que tem origem no pós-guerra mundial, garantindo os direitos da pessoa calcados no princípio da dignidade humana que foi

consagrado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, trazendo uma nova visão para o Direito.

Esse princípio da dignidade da pessoa humana, expresso na Constituição Federal de 1988, aliado à garantia residual e aberta do parágrafo 2º do artigo 5º, que garante a tutela dos direitos fundamentais não incorporados expressamente, configura-se a verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, tomado como valor máximo do ordenamento.

Entretanto, não se pode deixar de ressaltar que a Constituição Federal de 1988 é consequência de grandes precedentes históricos que marcaram a afirmação dos direitos do homem. Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, posteriormente, a consagração dos direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição de 1988, ela simbolizou a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país por vários anos de ditadura.

Assim, comprovou-se que a Constituição Federal de 1988 foi inspirada em bases democráticas, as quais concebem o Estado voltado unicamente para o bem estar da pessoa humana e não o contrário, constituindo o ser humano a finalidade precípua do Estado, não mais a atividade estatal.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana confere sentido e valor à pessoa, condicionando a aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Também considerado fonte fundamental do Direito, significa que o homem é o centro e o fundamento de toda atividade e, conforme o pensamento kantiano, nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.

Essa nova perspectiva do direito à imagem do atleta profissional de futebol permite que ocorra o exercício desse direito à imagem a partir da disponibilidade relativa dos direitos de personalidade. Nesse caso, o profissional deve conceder autorização, através de um contrato de licença de uso de imagem. É essa parcial disponibilidade que permite que o titular do direito colha frutos econômicos usando seus traços fisionômicos, seu corpo.

No entanto, ficou devidamente comprovado que essa disponibilidade do direito à imagem do profissional de futebol volta-se para o aspecto mercadológico da pessoa em si, visando apenas ao aspecto financeiro e aos ganhos que esse contrato lhe possa trazer.

Desse modo, o contrato de imagem não tem o objetivo de valorizar a pessoa humana, pois segue a lógica mercadológica. Porém, isso não significa

necessariamente que ele vai de encontro à dignidade da pessoa humana, mas, sim, que no seu desenrolar ele pode se chocar com esse princípio.

Na verdade, a pessoa pode violar sua dignidade através da liberdade, ou seja, desse livre arbítrio sobre o direito de disponibilidade da imagem. Mas não há bem uma liberdade, pois na grande maioria das vezes, principalmente os atletas que não são famosos, o seu consentimento já está condicionado, pois ou aceitam assinar o contrato imposto pelo clube, ou não trabalham. Diante disso, essa disponibilidade não significa automaticamente promover a dignidade da pessoa humana, pois no seu desenvolvimento ela pode colidir com o referido princípio.

Para que ocorra a circulação da imagem do atleta profissional de futebol, é necessária sua autorização por via de contratos adequados, ou seja, o contrato de licença de uso de imagem. Esses contratos, tendo em vista a natureza do direito personalíssimo envolvido, devem possuir características específicas, as quais deverão ser interpretadas de maneira restritiva, devendo limitar claramente as condições e situações em que essa imagem será usada. As cláusulas gerais, que não estabeleçam qualquer limite de utilização da imagem, sem qualquer condição ou restrição, são claramente nulas. Aqui, o uso da imagem se rege pelas regras gerais e se subordina à vontade expressa de seu titular, podendo ser revogado a qualquer tempo.

Deve ficar claro que os atletas profissionais de futebol, na maioria das vezes, ao serem contratados pelos clubes, assinam, paralelamente ao contrato de trabalho, um contrato de licença de uso de imagem, deixando comprovado que não existe ampla liberdade na relação entre o atleta e o clube empregador.

O contrato de trabalho tem natureza de relação de emprego. Assim, é da justiça do trabalho a competência para decidir qualquer questão relativa à relação de emprego do atleta, conforme estabelecido pela Lei Pelé. Já, em relação ao contrato de licença de uso de imagem, existem as opiniões antagônicas (que dizem que sempre é lícito e tem natureza civil, ou que sempre é fraudulento, devendo ser incorporado ao contrato de trabalho), as quais não estão necessariamente corretas. Na verdade, deve ser analisado no momento concreto de sua utilização, devendo a licitude ou a fraude ser analisada em cada situação.

O que começou a ocorrer é que os clubes, na tentativa de reduzir seus custos, adotaram como solução o instituto da licença de uso de imagem dos jogadores. Assim, no momento da contratação, os jogadores passaram a assinar

outro documento - contrato de licença de uso de imagem, quase como um acessório do contrato de trabalho. Sua finalidade essencial, desde que começou a ser utilizado, foi a de dividir a remuneração do jogador em duas partes que, supostamente, teriam naturezas distintas.

No entanto, por mais que algumas vezes esse contrato possa mesmo ser considerado evasão fiscal, não se pode partir do pressuposto de que, sempre que haja dois contratos, um de trabalho e outro de licença de uso de imagem, configurar-se-á uma ilegalidade. Deve-se analisar o caso concreto. O que se pode generalizar e que não necessita analisar o caso concreto é o aspecto mercadológico que existe nesse tipo de contrato, pois ficou claro que somente está em jogo o aspecto econômico.

Porém, em todos esses casos pode o contrato de licença de uso de imagem valorizar ou não a pessoa humana, pois, no seu desenvolvimento, pode ele se chocar com este direito, ainda mais que geralmente se pensa apenas no aspecto econômico desse tipo de contrato.

O direito de arena também deixa claro esse aspecto econômico, pois assegura aos atletas que estão jogando uma participação no lucro dos clubes na comercialização dos jogos. Ele difere do contrato de licença de uso de imagem, pois neste, a utilização da imagem do atleta ocorre fora desse ambiente, sendo direito individual do atleta e com ele diretamente negociável. Mas, tanto o direito de arena como o contrato de licença de uso de imagem voltam-se para o aspecto econômico da pessoa em si.

O que realmente interessa para o presente trabalho é perceber que o direito à imagem do atleta de futebol ganha uma nova dimensão com a repersonalização do direito privado, devendo estar focado na pessoa humana concreta do atleta e não apenas no patrimônio que ele possa vir a ter. Os direitos da pessoa estão, assim, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana e vêm a ser protegidos concretamente pela cláusula geral de tutela da pessoa humana. Não podendo esquecer que o conteúdo da dignidade da pessoa dar-se-á no caso concreto.

Portanto, a partir do reconhecimento do direito à imagem, requer-se a proteção desse direito em torno da pessoa e da sua dignidade como proteção da própria individualidade e da exigência de uma noção real do que seja a pessoa humana, e não mais sob o cunho patrimonialista. Considerar a existência de uma

esfera de disponibilidade sobre os direitos da personalidade é tarefa que se impõe a todos os que pensam o Direito, ainda mais quando se almeja uma nova perspectiva do direito à imagem para o atleta profissional de futebol a partir da repersonalização do direito privado. O que não pode ocorrer é uma indisponibilidade absoluta dos direitos da personalidade, bem como ir contra o núcleo essencial desses direitos, consubstanciado na proteção da dignidade da pessoa humana.

É por meio do respeito aos direitos da personalidade que se deve exercer o papel fundamental no momento de dispor da sua própria imagem, enfatizando a dimensão existencial da pessoa humana. Dessa forma, poderá ocorrer o verdadeiro reconhecimento do direito à imagem através da repersonalização do direito privado, isto é, somente diante do respeito a esse direito é que será preservada a dignidade do atleta profissional de futebol no momento de disposição da sua imagem.

REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 6. ed. rev., atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMBIEL, Carlos Eduardo; SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy. Relação entre contrato de trabalho e contrato de licença de uso de imagen. **Revista do instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, n. 1, p. 52, 2002.

ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAUJO, L. A. David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. In: MARTINS, Yves Gandra; KAYATT, Marcio. (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. **Revista do Advogado**, v. 73, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **RTDC**, v. 28, p. 79, out/dez 2006.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BÍBLIA sagrada. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Barsa, p. 26-27, 1965.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção do Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotoufo).

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 2000.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CHAVES, Antônio. **Direitos conexos**: atualizados de acordo com a nova Lei de Direitos Autorais, n.º 9610, de fevereiro de 1988. São Paulo: LTR, 1999.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, t. 1, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. v. 1, t. III. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUPIS, Adriano de . **Os direitos de personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Aparte geral do novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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

FACHIM, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Ed., Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FRANÇA, R. LIMONGI. **Manual de Direito Civil**. T. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HAUTTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil – introducción histórico-dogmática**. Barcelona: Ariel, 1987.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

KOHLER, Joseph. A própria imagem no direito. Trad. Walter Moraes, **Justitia**. **Justitia**, ano 34, v. 79, p. 31, 1972.

LA PRADA, Vicente Herce de. **El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión**. Barcelona: José Maria Bosh Editor, S.A, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. O Atleta Profissional de Futebol e os seus Direitos Trabalhistas. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, n. 98, p. 145, abr/jun, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIO FILHO, Álvaro. **Novo regime jurídico do desporto**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELO FILHO, Álvaro. **Direito desportivo**: novos rumos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 234, jul/dez 2006.

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

MORAES, Walter. **Direito à Própria Imagem** (II), São Paulo: RT, v. 444, 1972.

MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Direito Constitucional Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOTAROBERTO, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Gustavo Cecílio Vieira de. O direito de imagem na relação de emprego desportiva. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, n.1. p. 54, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. , 18. ed., v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Portugal-Brasil**, Coimbra, p. 526. 2000.

PINTO, Paulo da Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no Código Civil brasileiro. In **Revista Jurídica**, v. 314, p. 13-19, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

ROUBIER, Unger; et al. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SAAVEDRA, Luciano Cordero. **El Desportista Profesional (Aspectos Laborales e Fiscales)**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. Afinal, para que servem os contratos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**, n. 2, p. 96. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg SARLET; Ingo Wolfgang. (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg SARLET; Ingo Wolfgang. (org.) **A constituição concretizada - Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, Porto Alegre, n. 2, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). **Justiça e memória**: por uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz, et. al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. (Orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os direitos de Personalidades. . In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e seu direito de imagem**: políticos, artistas, modelos, personagens históricos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SZANIAWAKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional- Brasileiro**. Temas de Direito Civil; 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: **Estudo jurídicos em homenagem ao prof. Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. São Paulo: Julex Livros, 1999.